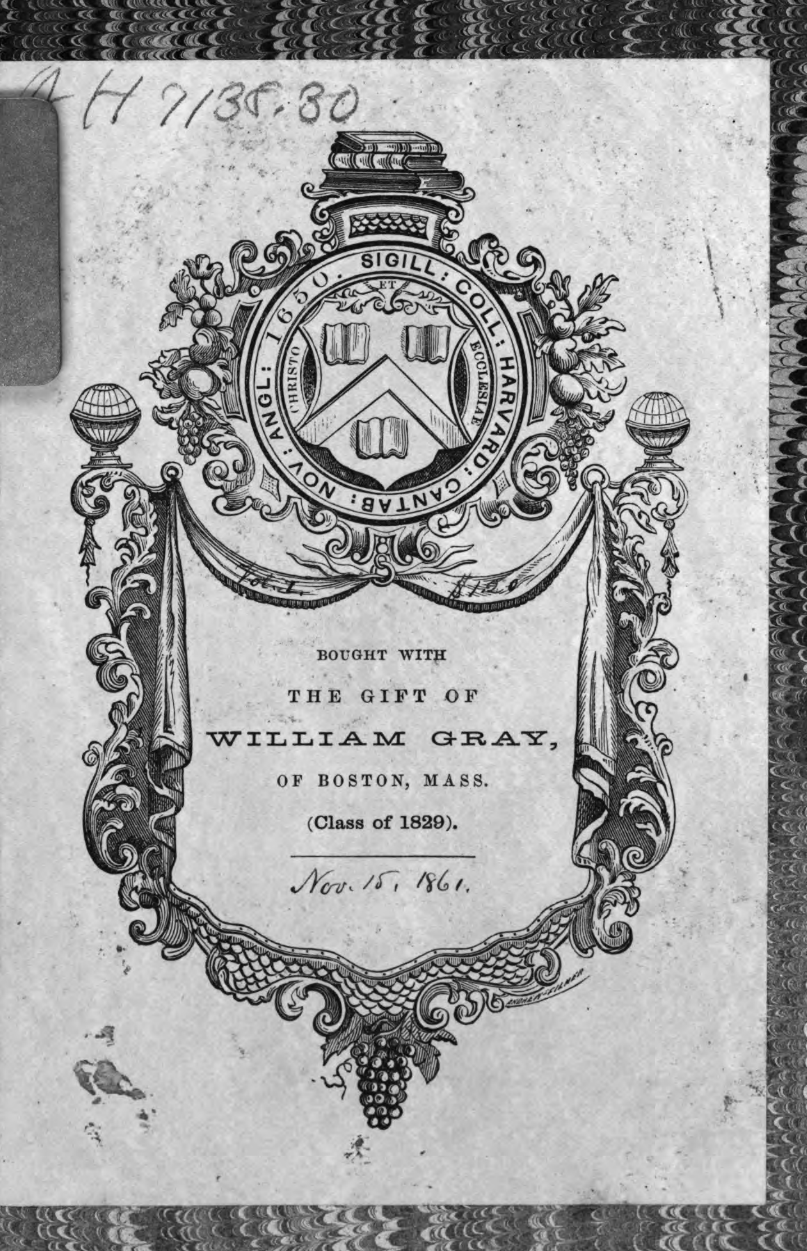
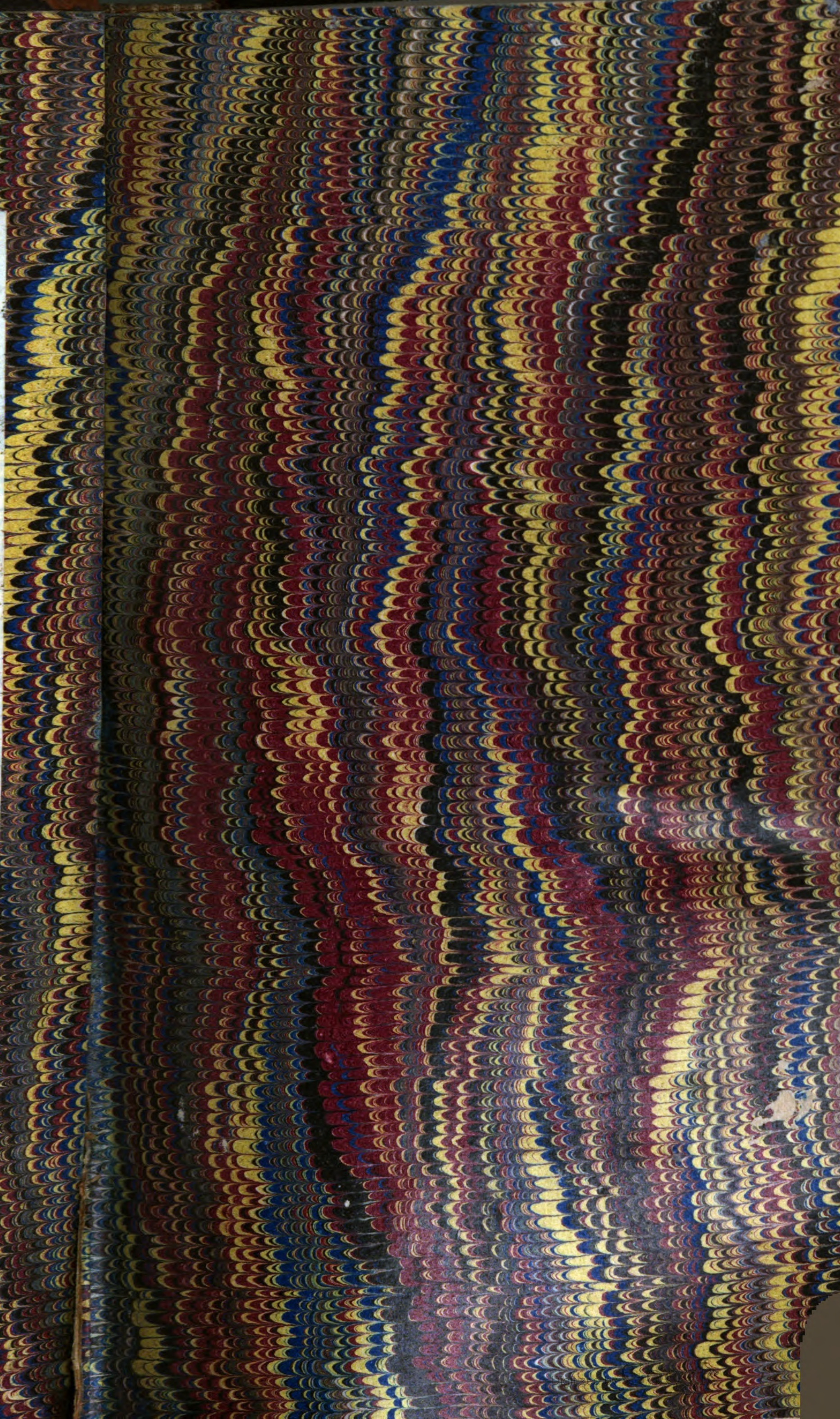



SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Vol. I. $1.20



# Studien

# des Römischen Rechts.

---

*Erster Band.*





# Studien des Römischen Rechts,

von

Ph. Eduard Huschke,

der Philosophie und der Rechte Doctor und der letztern ordentl. öffentl. Professor an der Universität zu Breslau.

*Erster Band.*

Breslau, 1830,

in Joh. Friedrich Korn des ält. Buchhandlung.

(7.)
$1.20
Nov. 15, 1861
Gray Fund.
No more published. - 1858.

# Vorrede.

Von den Abhandlungen, welche ich hiermit dem Publicum übergebe, war die erste vorher schon gedruckt. Sie erschien als Gelegenheitsschrift um Pfingsten 1824 unter folgendem Titel: *De caussa Siliana ad Cic. epist. ad divers.* VII. 21. *cum professionem iuris ordinariam in academia Rostochiensi auspicaretur scripsit Ph. E. H. i. u. D. Rostochii, literis Adlerianis.* 24 Seiten in 4. Da sie indessen gar nicht in den Buchhandel gekommen und selbst durch Anzeigen oder Recensionen wenig bekannt geworden ist *), so schien ein Wiederabdruck derselben in einer Sammlung von Abhandlungen um so mehr sich zu rechtfertigen, als ihr Inhalt besonders in unserer Zeit sich eines allgemeinern Interesses wohl erfreuen dürfte. Die Verschiedenheit der Sprache, in welcher sie geschrieben ist, wird bey gleicher Verschiedenheit des Stoffs hoffentlich keinen Anstoss geben. Uebrigens sind hin und wieder einige nicht sehr bedeutende und deshalb der Auszeichnung

*) Ausser in der Allgemeinen Schulzeitung, 1828. S. 885. ist mir keine Anzeige derselben in kritischen Blättern zu Gesicht gekommen. Doch war es, wenn ich mich recht besinne, auch diese Abhandlung, welche in der *Revue encyclopédique* nach unvollständiger Anführung des Titels ungefähr mit folgenden wenigen Worten abgefertigt wurde: *Cette dissertation est écrite par Mr. Rost.* Was hierzu, wenn nicht der Druckort, Veranlassung gegeben, ist mir unbekannt.

nicht werth geachtete Zusätze und Veränderungen gemacht, auch zur leichtern Auffindung früherer Citate die Seiten des ersten Abdrucks am Rande bemerkt worden.

Die folgenden Aufsätze über das Recht der Succession in die Güter der Freygelassenen sind zum grössern Theile schon vor länger als drey Jahren vollendet gewesen und der Abdruck derselben nur aus zufälligen Gründen verspätet worden. Ich bemerke dieses theils aus andern Gründen, welche aus den Aufsätzen selbst erhellen werden, theils damit ich Entschuldigung finden möge, wenn etwa die eine oder andere seitdem erschienene, diese Materie gelegentlich berührende Schrift nicht berücksichtigt seyn sollte.

Ueber die beyden übrigen Abhandlungen habe ich nichts hinzuzufügen, ausser dem das ganze Buch angehenden Wunsche, dass es zur Förderung der Wissenschaft wahrhaft beytragen und in recht vielen Lesern dieselbe reine Freude erwecken möge, welche seinen Verfasser so oft erfüllt, als ihm ein neuer Blick in die unendliche Tiefe des Römischen Rechts gewährt wird. Denn diese reine Freude ist die beste Zeuginn für die Wahrheit eines aufgewiesenen Zusammenhangs; Wahrheit aber zu erforschen und mitzutheilen war das einzige Bestreben des Verfassers.

Breslau im November 1829.

*E. Huschke.*

# Inhalt.

## Dritte Abhandlung.



## Vierte Abhandlung.

## I.

# DE CAUSA SILIANA,

## AD CIC. EPIST. AD DIVERS. VII. 21.

Inter epistolas a M. Tullio ad Trebatium Testam scriptas incidi nuper in unam, ICto quantivis pretii aestimandam, nec tamen satis notam hodie ac versatam, nec plane intellectam a quoquam, quos viderim, interpretum. Cui cum aliquid lucis afferre posse mihi viderer, occasione scriptiunculae in publicum emittendae oblata e re fore ratus sum, si hanc mihi, meis fortasse aequam viribus, ad scribendum materiam sumerem. Est vero epistolarum, quae ad Familiares inscribuntur, libri septimi vicesima prima, cuius verba ex recensione Ernestiana subiicio:

Cicero Trebatio S. D.

*Silii causam te docui. Is postea fuit apud me. Cum ei dicerem, tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse,* Ni bonorum **Turpiliae** possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit, *negare aiebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit: hoc idem Ofilium dicere: tecum se locutum negabat; meque rogavit, ut se et causam suam tibi commendarem. Nec vir melior, mi Testa, nec mihi amicior P. Silio quisquam est, te tamen excepto. Gratissimum igitur mihi feceris, si ad eum ultro veneris, eique pollicitus eris; sed si me amas, quam primum. Hoc te vehementer etiam atque etiam rogo.*

A

Quaeritur primum, quaenam haec Silii causa fuerit, deinde quid ad eam sponsio illa pertinuerit, postremo quanam in re Servius et Ofilius a Trebatio dissenserint, et quid de hac dissensione iudicandum sit: in quibus singulis diligenter excutiendis iam versabimur.

p. 4 Primo loco quaesivimus, quaenam res Silio in iudicium futura fuerit. Et facile quidem cognoscitur, Turpiliam, foeminam alias plane ignotam, decessisse testamento facto, Siliumque heredem reliquisse, cuius hereditatis eum is possessionem a Q. Caepione praetore impetravisset, nescio cum quo adversario oborta ei controversia est. Dico Turpiliam decessisse testamento facto, quod efficitur ex ista an factionem testamenti habuerit necne ICtorum dubitatione; deinde Silium heredem scripsisse; is enim in sponsione ait, sibi bonorum ipsius possessionem datam esse. At potesine etiam Silius, testamentum, quo alii instituti essent, irritum ex aliqua causa iudicans, ab intestato bonorum possessionem petiisse? Quae sententia cum propter nominis dissimilitudinem improbabilis tum hanc ob causam plane reiicienda est, quod Servius et Ofilius causae sponsionique Silii diffidentes, eo utebantur argumento, quod testamentum Turpiliae, quae factionem testamenti non habuisset, eam ipsam ob causam stare non posse videretur; unde apparet, Silium ex testamento ius suum derivasse. Denique Silium secundum tabulas bonorum possessionem agnovisse, ex sponsionis tenore cognoscitur; ait enim Tullius, *mihi* i. e. nostrae parti. Sed et de genere adversarii non est, quod multum laboremus. Erant haud dubie agnati Turpiliae aut gentiles, qui si tabulae testamenti nullae exstabant, lege ad hereditatem vocabantur. Uter autem actor uter possessor fuerit, ambigi posse videtur; i. e. utrum agnati ab intestato venientes a Silio possidente hereditatem petiverint, an Silius bonorum possessor adversus agnatos possidentes experiri voluerit. Sed Silium actoris partibus functum esse (si modo revera in iudicium res deducta est), verbis sponsionis a Cicerone allatis extra dubium ponitur, ut ex inferioribus apparebit. De quo si nobis constat, neque de eo iam dubitari potest, quo genere iudicii Silius decertaturus fuerit. His enim, quibus bonorum possessionem praetor ex

edicto suo dedit, ut ipsam rerum hereditariarum possessionem adipiscantur, interdictum, cuius initium est *Quorum bonorum*, accommodari solet [1]). Scio quidem, postea etiam possessoriam hereditatis petitionem, quae est in factum concepta actio, p. 5 bonorum possessoribus propositam esse [2]); sed, ut taceam, hanc actionem, cuius prima apud Gaium memoria exstat [3]), Ciceronis temporibus posteriorem videri, Silium certe ea usurum non fuisse, inde efficitur, quod in ea nullus sponsioni locus detur; contra in *Quorum bonorum*, ut in omnibus interdictis, frequentem fuisse, ne dicam necessarium, sponsionum usum, nunc et notissimum est et infra late disputabitur. Hoc igitur teneamus, P. Silium a Turpilia heredem scriptum agnita ex edicto praetoris eorum bonorum possessione, cum eo iisve, qui corpora hereditaria tenebant, *Quorum bonorum* interdicere cogitasse [4]), et, cum addubitaret, sponsionem ex interdicto tuto facere posset necne, iuris peritorum de ea re consilia sibi expetivisse.

Iam igitur sequitur, ut de ista sponsione disquiramus: quod ne temere instituamus et sine certis toti disputationi iactis fundamentis, altius res repetenda, et totus ille de sponsionum in interdictis usu de ipsaque interdictorum origine locus breviter et absolute attingendus videtur.

Sunt quaedam res [4*]), quas, quamvis ad curam et sollicitudinem singulorum civium pertinerent, tamen ius civile inter

---

1) Cf. Gai. IV, 144. III, 34. §. 3. 1. de interd. Ulp. l. 1. pr. D. quor. bonor.

2) Tit. D. de possessor. hered. petit.

3) L. 2. D. de possessor. hered. petit.

4) Nondum interdixisse inde colligo, quod necdum sponsio facta erat, quae sine dubio decretum praetoris continuo insequi solebat.

4*) Haec de interdictorum origine ac potestate disputata nec nunc quidem falsa iudico; sed tamen totius huius discriminis, quod inter actiones et interdicta intercedit, paullo altius, ut videtur, causa repetenda erat. Nam non solum propter res publicas ac divini iuris interdicta comparata esse putanda sunt, sed etiam propter privatas, neque omnino causa discriminis ex genere rerum pendet, sed ex ea ratione, qua quaequae res ad nos spectent. Etenim, ut verbo rem complectar, interdicta inter atque actiones tantundem interest, quantum inter factum et ius, possessionem ac dominium. Quod etiam ipsa nomina produnt. Actiones, quae antiquitus erant legis actiones, aut ipsum ius ac legem aut litigatores ex iure agere significant, quod fieri non potest, nisi de iure controversia sit; interdicta contra sunt magistratuum, quorum vis ac potestas non in iure sanciendo, sed in his, quae facti sunt,

privatas res non retulerit, nec referre potuerit, cum eae res vel publicae essent, i. e. totius civium universitatis, vel divini iuris haberentur, i. e. aut Diis superis consecratae, aut Manibus relictae aut aliqua religione sanctae. Nonne enim uniuscuiusque interest, in publico ire, agere, navigare, loco publico frui, agrum possidere licere, nec a quoquam impediri vel exturbari, deinde ne sepulcra violentur, liber homo ab alio iniuria teneatur, aliaque infinita? Verum cum haec commoda nullo legitimo iure confirmata cuipiam ac communita essent, nec qui eorum possessione expellebatur, ulla legis actione tueri se poterat. Sed tamen cum publice interesset, ut malorum hominum, alios communi et aequabili iure uti non sinentium, licentia atque audacia refrenaretur, is magistratus, qui iuri di-
p. 6 cundo iustitiaeque conservandae praefectus erat, ad officium suum pertinere existimavit, si adversus eiusmodi malitias remedium aliquod inveniret praesidiumque ostenderet. Hinc reperta sunt interdicta, quae, si originem rei spectas, non tam ius aliquod defenderent, quam iniuriam coercerent, non tam damnum repararent, quam poenam infligerent. Quorum summa haec erat, ut si quis in eo, quod dixi, genere iniuriam se

---

ad ius et aequitatem revocandis consistit. Itaque agimus, h. e. a iure ac lege opem postulamus, quoties ius nostrum nobis non tribuitur; interdicimus, h. e. magistratum, ut nobis sua propria potestate subveniat, adimus, quoties in his, quae facti sunt, non tam iniuriam quam iniquitatem passi sumus, velut quod vis nobis facta sit, quo minus ea, quae naturaliter ad nos pertinent, teneremus, aut quod homo vel res aliqua non exhiberetur vel restitueretur. Cur autem interdicta iam ab antiquissimis temporibus necessaria essent, illud in causa fuit, quod revera omnia, quae habemus, aut in iure aut in facto consistunt (velut res omnes privatae, quae aut ex iure Quiritium nostrae sunt aut a nobis possidentur) et nisi utrumque nobis publice praestaretur, civilis aequitas teneri non posset. Sed cum magna similitudo inter ea, quae facti sunt et iura, quae in re vocantur, intercedat (unde quidam possessionem iuribus in re adnumeraverunt) idcirco omnia interdicta quanquam vi ipsa personalia sunt (facta enim non durant sicut iura ideoque interdicta a praetoris demum imperio initium sumunt) tamen in rem scripta esse videntur. Ceterum posteaquam legis actionibus sublatis nudis actionibus disceptari coeptum est, quae iam non solis legibus sed etiam praetorum edictis constitui poterant, quo numero sunt omnes in factum conceptae, mirari non licet, si ex quibusdam causis, quae ab initio tantum ad interdicta spectaverant, deinceps etiam actiones dari inceperint, ut iam optio esset actoris, utrum quasi de iure, honorario scilicet, sibi non tributo, agere, an quasi de facti causa interdicere vellet. — De tota re cf. *Zimmern.* Histor. iur. Rom. priv. Tom. III. §. 72. qui optime in hoc loco versatus est.

passum conquestus esset, magistratus imperium suum interponeret, et id, quod contra aequitatem (quae postea certis quibusdam generibus sigillatim definita est) fieret, fieri prohiberet, quod pari modo ereptum vel retentum diceretur, restitui vel exhiberi iuberet. Quodsi is, adversus quem praetor interdixerat, morem interdicto non gerebat, ut ipse quidem eum vi ac metu cogeret, ab officio ipsius nae id vehementer abhorruisset, cum ita sapientissime a maioribus constitutum esset, ut alius iuris dicundi arbitrium atque imperium teneret, alius iniuria facta esset necne examinaret: attamen quod magistratus iussui non obtemperaverat, id vero animadversione dignum erat. Et siquidem in rebus, quae populi maiestatem contingunt, contumacem se praebuisset, multa irroganda et ad populum certanda fuisset. Nunc cum ea res ad singulorum utilitatem pertineret, sponsione et restipulatione, quibus privatus iudex addiceretur, explicanda erat [5]). Itaque praetor in ius vocatum adigebat, ut sponsionem secum fieri pateretur, ni contra praetoris iussum non restituisset, similiave; sed et eum, qui in ius vocaverat, restipulatione in contrarium concepta alligare permittebat, ut ex antiqui iuris aequissimo praecepto actor, quam adversario intentaverat poenam, eadem, si calumniator apparuisset, ipse afficeretur [6]). Hoc pacto eo iam perducta res erat, ut de sponsione et restipulatione, quae iuris civilis continent intentionem, legis actione contendi posset, p. 7 primum sacramento, postea etiam per iudicis postulationem et per condictionem. Caeterum suspicari licet, tantas pecunias in has stipulationes deductas esse, quae et ad hominum malignitatem deterrendam et ad damnum laeso resarciendum sufficerent; iudicium enim, quo rem ipsam reciperet actor, quippe

---

5) In summa admonendi sumus, quotiens magistratui militare imperium datum non esset, quo ipsius vis ac potestas populi continetur, sed tantum quotidianum illud imperium, nunquam fere ei iudicare et punire licuisse, sed tantum iudicari iubere; deinde cuiusvis adversus populi maiestatem admissi penes populum, adversus privatos penes privatum iudicationem fuisse.

6) Addi potest ad hunc usum sponsionum in interdictis declarandum interdictorum possessoriorum cum in rem actionibus similitudo, quae et ipsa effecit, ut ad instar sacramentorum, quibus iniuria adversus Deos, *iuris* custodes, vindicatur, sponsiones et restipulationes usurparentur.

cui ius nullum competierat, sed tantum magistratus aequitas succurrerat, habebat nullum, unde apparet, quam vere supra dictum sit, omnia interdicta antiquitus tantum poenalia non rei persecutoria fuisse [7].

Hic vero, quem delineavimus, antiquissimus interdictorum ordo haud parvam mutationem subiit, ex quo legis actionibus sublatis, formulis litigari coeptum est. Ex illo enim tempore cum iudicem non tam leges et ius civile quam formulam i. e. praetoris praeceptum, in sententiis ferendis sequi oporteret, praetoribus ea quoque, quae iure civili sancta non erant, in factum actionibus adinventis, nulla interiecta sponsione, persequendi potestas data ac permissa est. Itaque facile eo devenerunt, ut et ex interdictis omissa sponsione et restipulatione arbitrariam illam in factum actionem, qua res ipsa restitueretur, accommodarent; praeterea vero etiam sponsionem et restipulationem retinerent, arbitraria actione tantum superaddita; ut iam duplex interdictorum exitus existeret, prior mitior et moderatior, ideoque tantum non sero petenti indultus, hic asperior et cum poena coniunctus, sic tamen ut et res ipsa recuperaretur [8]. Verum enim vero magnum hic discrimen versatur inter interdicta exhibitoria et restitutoria atque interdicta prohibitoria. In his enim perpetuo sponsiones fiebant, in illis optio erat adversarii, utrum arbitrum petere an sponsione provocari mallet [9]. Cuius discriminis rationem exponendi primum periculum fecit HAUBOLDUS [10], vir ut olim nisi honoris causa ita nunc sine luctu non appellandus, cuius tamen a sententia, quod nimis infinitis et incertis argumentis nitatur, recedendum esse videtur. Mihi equidem quod ex pro- p. 8 hibitoriis interdictis nulla arbitraria actio locum habuerit [11],

7) Sine dubio vero damnatus quamdiu non exhibuerat aut non restituerat, quod posset exhibere aut restituere, etiam saepius interdicto conveniri poterat.

8) Gai. IV, 141. 162—165.

9) Gai. IV, 141.

10) In Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. herausg. v. Savigny, Goeschen u. Eichhorn. T. III. p. 385—387.

11) Eo scilicet, quem hic dicimus, modo. Alioquin occasione interdicti *Uti possidetis* etiam plura arbitraria in factum iudicia incurrere solebant, velut Cascellianum et fructuarium. Gai. IV, 166. 169.

ex ipsa arbitrariarum actionum natura et indole necessario sequi videtur. Arbitrariae enim actiones sunt, in quibus iudex simpliciter, si pateat aliquid factum esse, vel actori ius aliquod competere, vel dari fierive oportere, nulla bonae fidei ratione habita, reum condemnare iubetur, una tantum exceptione nominatim subiecta: nisi arbitrio iudicis restituat. Dum igitur bonae fidei iudicia s. arbitria ex ipso iure et maximam quidem partem ex iure gentium proficiscantur, ideoque per omnia bona fide et aequitate regantur, arbitrariae actiones formulae et isti praetoris additamento proprietatem suam ac virtutem debent, et ad unam tantum causam ab arbitrio iudicis pendent. Quaeritur autem, quando praetor strictorum iudiciorum formulis (nam bonae fidei iudicia haec multo plenius a iure habebant) istuc arbitrium attexere consueverit? Quod totiens fecit, quotiens et ei, unde petebatur, iniquum, et actori durum futurum erat, si reus — stricta actionis natura ita ferente — tum quoque, si actori post iudicium acceptum satisfacere paratus esset, condemnaretur. Quae iniquitas tum maxime conspicua erat, cum actor rem, quam ut ipsam haberet et teneret, multum ipsius interesset, iudicio persequeretur, i. e. in omnibus, quae ad rem restituendam vel exhibendam pertinent iudiciis. Hic enim reo ad satisfaciendum parato gravem fuisse condemnationem, per se patet; neque vero minus actori, quippe reus si rem restituendo nunquam a iudicio liberaretur, nec restituere unquam sustinuisset; ideoque actor re sua nunquam potitus esset. Quocirca actiones arbitrariae sunt: in rem actiones, de dolo, quod metus causa, ad exhibendum, aliae [12]). Quid igitur de actionibus ex interdictis compositis dicemus? Ex restitutoriis et exhibitoriis interdictis arbitraria actio et esse poterit et debebit, quandoquidem ad rem restituendam spectant; ex prohibitoriis nulla proficiscetur, quippe in quibus ne omnino quidem res ulla petatur aut repetatur, nedum restitui possit, sed tantum de adversarii impudentia et improbitate

---

12) Hactenus in transcursu hunc locum tetigisse sufficiat; alioqui diligentior interpretatio propriis commentariis destinata est. — Interim cf. *Zimmernii* Histor. iur. Rom. priv. Tom. III. §§. 67. et 68. ibique laudati libri.

p.9 coercenda agatur. Ergo hic perpetuo sponsionibus et restipulationibus factis cum periculo res ad exitum perducenda erat.

Igitur si quis interdictorum ordinem plene et perfecte tradere velit, sine dubio ad illud discrimen, quod modo tetigimus, disputationem suam instituet. Nos, quod ad nostrum finem respicit, id solum tractaturi, omissis prohibitoriis interdictis, tantummodo de altero genere disseremus. — Posteaquam igitur praetor interdixerat, eiusque decreto mos gestus non erat, adversarius aut arbitrum petebat, aut non petebat. Si non petiverat, actor eum tali sponsione provocabat: *Si istum hominem contra edictum illius praetoris non exhibuisti*, aut in restitutorio interdicto: *Si, unde deiectus sum, eo me contra edictum illius praetoris non restituisti, tot nummos dare mihi spondes?* Adversarius spondebat, sed et adversus eam sponsionem restipulabatur: *Si exhibui, si restitui, totidemne nummos dare mihi spondes?* Itaque actor sponsionis formulam edebat, adversarius restipulationis; actor vero praeter sponsionis formulam etiam arbitrariam in factum conceptam, qua, si sponsionem vicisset, res ipsa ei exhiberetur vel restitueretur, veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI PARET, NUMERIUM NEGIDIUM AULUM AGERIUM CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS EO, UNDE DEIECTUS ERAT, NON RESTITUISSE, NISI ARBITRIO TUO RESTITUIT, IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO, QUANTI EA RES EST, CONDEMNA. His tribus formulis unus iudex addicebatur, qui posteaquam exquisiverat, utrum actor contra praetoris edictum deiectus et nondum restitutus esset, necne, aut adversarium formulam sponsionis et arbitrariam comdemnabat, actoremque formula restipulationis absolvebat, aut ex diverso hunc suam formulam condemnabat, illum utraque absolvebat. Haec nos auctore Gaio IV, 165. quem locum ad finem p. 241. sic restituimus:

„*Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exie-„rit, cum periculo res ad exitum perducitur, nam actor*

p.10 „*provocat adversarium* *sponsione*, *ni contra edi-„ctum praetoris non* [13]) *exhibuerit aut non resti-*

13) Ed. princeps: (*ad*) sponsionem, sequentibus stellulis viginti, quam lacunam, ut et sequentes, et ad numerum litterarum et ad sche-

„*tuerit. ille autem adversus sponsionem adversarii restipu-*
„*latur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit*
„*adversario: ille vero formulam restipulationis. sed*
„*actor sponsionis formulae subiicit et aliud iudicium*
„*de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit,*
„*eo sibi res exhibeatur aut restituatur*[14]).

Quod primum illud *ad sponsionem* mutaverim in *sponsione ni*, summo id iure fecisse mihi videor, tum quod *ad* in Codice non legitur, *m* vero et *ni* tam similia sunt, ut discerni vix possint, tum quod Latini nunquam dixerunt ad sponsionem aliquem provocare, sed sponsione aliquem provocare vel lacessere [15]). Et vero ad litigandum provocamus adversarium sponsione, non ad ipsam sponsionem, cum sponsio, opposita restipulatione, ipsa stipulantis et ad spondendum alterum invitantis verba significet. Deinde nec in illo *contra edictum* offendemus; *contra* enim ita dici solere, probant loca complura [16]); totius autem adiectionis in eo vim fuisse, ne alioquin adversarius, etiamsi nihil contra praetoris edictum commisisset, condemnaretur, neminem fugit. Interdicta enim praetores plerumque, ut et bonorum possessiones, ex edicto suo dabant, pauca, eaque extra ordinem, causa cognita, tum videlicet, si ipse praetor interdictum iure potestatis suae continuo executurus erat, quod similiter in bonorum possessionibus observatur.

Iam vero ut ad propositum nobis finem propius accedamus, illa sponsio accuratius consideranda est; in qua illud mirum et prorsus singulare videri solet, quod non ipsa facta iniuria, veluti si non adversus edictum praetoris vi de fundo detrusus sit, p. 11

darum signa convenienter explevimus; illud *pp* (pro *pr*) significat *praetoris; n non;* deinde *an aut non; qd quidem;* in quibus omnibus lineolae transversae superpositae in codice evanuerant; *u* superposito *o vero.* Ista vero verba: *ille autem adversus sponsionem*, quae item in ed. principe non exstant, Blumii V. C. repetitae codicis inspectioni debentur.

14) Quae nunc de hoc loco nobis videantur, inferius hoc ipso volumine aperiemus ad Gai. IV, 165.

15) Val. Max. II, 8, num. 2. Petron. Satyr. c. 70. ed. Burmann. Macrob. Saturn. II, 13. Cic. Verr. II, 5, 57. et aliis locis.

16) Gai. IV, 46. l. 5. §. 4. l. 18. pr. l. 22. D. de O. N. N. Quod idcirco monuimus, quoniam Cic. pro Caec. c. 19. in simili sponsionis forma verbis *adversus edictum* utitur. Adde Gai. IV, 141. l. 16. 23. D. de O. N. N.

de qua tamen proprie controversia moveatur, sed illa quaestio, an restitutus sit, in sponsionem ac formulam deducatur, praesertim cum manifestum sit adversarii, restituisse sese dicentis, mendacium. Hanc vero, quam dixi, legitimam et ipsis Ciceronis temporibus usurpatam sponsionum conceptionem fuisse, praeter locum Gaianum comprobatur pluribus ipsius Ciceronis testimoniis [17]). Mihi quidem, ut dicam quod sentio, ista sponsionis conceptio ita non inelegans videtur et non inepta, ut etiam mirarer, si secus comparata foret. Quid ergo est? Quod quis alterum de possessione deiecerit, similiaque contra aequitatem commiserit, propterea iure civili non reprehenditur. At contra edictum praetoris peccavit. Ne id quidem, cum edicto praetor non deiicere prohibuerit, sed tantum, qui deiectus esset, is ut restitueretur, imperaverit. Accedit, quod omnia fere interdicta edicto comprehensa non tam futurarum rerum iussiones vel prohibitiones continebant, quam formulas indicabant, quibus, ut quaeque res gesta esse diceretur, praetor usurum se esse pollicebatur, ut non eo, quod in edicto perscripta exstarent, sed quod ore praetoris exitura essent, auctoritatem haberent. Praetoris enim, ut omnium magistratuum, potestas in dicendo est, non in scribendo. Igitur ubi adversarius praetoris imperio, restituere iubentis, non paruit, tum primum contra legem committit (lex enim est, ut cives iustis imperiis modeste pareant) [18]) tum ni iustum imperium fuerit, cui non paruerit, vel, verbis ad cuiusque imperii tenorem expressis, ni non exhibuerit aut non restituerit, sponsione recte provocatur.

Nunc tandem ad nostram Silianam sponsionem pervenire licebit, quam eam esse dico, qua Silius adversarium, interdicto *Quorum bonorum*, quod est restitutorium, reddito, pro-

---

17) Pro Caec. 8. 16. 28. 29. 32. Illa sponsio, quam eiusd. orat. c. 19. affert ni adversus edictum praetoris vis facta esset, pertinet ad interdictum *Uti possidetis*, ideoque regulam nostram non infirmat, sed confirmat. Vulgo ad interdictum de vi perperam referunt.

18) Quam Cic. de Legg. III, 3. his verbis expressit: *Iusta imperia sunto, iisque cives modeste ac sine recusatione parento.* — Quorum similia sunt, quae de sacerdotum sententiis lex Dei praescribit Deuteronom. 17, 11. 12.

vocare cogitabat. Quid vero? Nonne diximus supra et ex Gaio confirmavimus, omnes sponsiones, quae ex restitutoriis inter- p. 12 dictis fierent, ad decretum praetoris accommodate, ni non restituerit adversarius, conceptas fuisse? quorum verborum hic nec vola, ut aiunt, nec vestigium apparet. Qua ex difficultate facile, opinor, nos expediemus, modo totum decretum, quod praetor in hoc interdicto enunciabat, recte composuerimus. Quod ex edicto perpetuo in l. 1. pr. D. Quorum bonor. refertur his verbis: *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset: quod quidem dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas.* Ubi primum notandum est, illud relativum *quorum* conditionis vim in se continere, ut infinita similia in praetorum edictis; ideoque positum esse, ut enunciatio generalis fieret, postea ad quamcunque rem, quae incidisset, facile adaptanda. Itaque si in certa quadam causa praetor interdicebat, ita exorsum eum esse intelligemus: *Si bonorum L. Titii possessionem ex edicto meo C. Maevio dedi, quod de his bonis* et quae sequuntur. Porro cum ad sponsionem faciendam ventum esset, ad illud decretum congruenter actor dicebat: *Si ille praetor bonorum L. Titii possessionem ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis* et caetera, denique: *id si contra edictum illius praetoris mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes?* Ex quo consequitur, Ciceronem, ad hominem iuris peritissimum scribentem, sponsionis notissimae initium tantum posuisse, quae brevitas ut omnino perelegans est minimeque reprehendenda, ita etiam magis probabitur, ubi post ostendero, ab illo solo sponsionis capite Silio aliquid periculi esse potuisse. Plenam autem sponsionem hanc fuisse puto: *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes? Spondeo.* Ubi primum omisimus illud *possideresve si nihil usucaptum esset,* quod haec verba D. Hadriani demum tempestate, lucrativa pro herede usucapione sublata, in edictum migrave-

runt[19]); deinde loco *quod quidem*, quae corruptela iurisprudentiae Iustinianeae videtur[20]), multorum exemplo restituimus *quodque*.

p. 13

Iam omnia, quae ad hanc sponsionem perspiciendam faciunt, praestitisse nobis videri possemus, nisi de quorundam verborum lectione disputandum foret. Et quidem statim in fronte sponsionis utrum *si* an *ni* legendum sit, dubitatur: quae res cogit, ut de tota ratione sponsiones referendi et commemorandi nonnulla adspergamus. Omnes codices, quotquot sunt inspecti ad hunc diem, habent: *si bonorum*, mea sententia rectissime, sed invitis omnibus interpretibus, qui corrigunt *ni bonorum*. Ita Manutius, Corradus, Lambinus, Io. Fr. Gronovius, Ernestius, Schuetzius ad h. l.; item P. Pithoeus[21]), Guil. Grotius[22]) alii, et hac quidem regula commoti, quam ubique ab antiquis scriptoribus servari asserunt, quotiens sponsio, quam quis fecerit, narrando commemoretur, totiens orationem in contrarium eius, quod sponsione revera contineatur, converti; velut ait Titius, Maevium urbem porta Esquiliana introiisse, Maevius negat; Titius sponsionem facit, *nisi Maevius porta Esquilina introiit*, vel *introierit*. Hic negant dici, dictumve unquam latine: Titius sponsionem facit, *si Maevius porta Esquilina introiit* vel *introierit*. Cui regulae idem accidit, quod plerisque similibus, ut, cum nulla certa ratione perspecta, tantum ex quorundam exemplorum consensu effícta sit, interdum vera inveniatur, interdum falsa. Ego enim multis locis collatis animadverti, utrumque a veteribus dictum esse, sensu, ad rem, eodem, ad men-

---

19) Cf. Gai. II, 57. Savigny in Zeitschr. für geschichtliche Rechtsw. herausg. v. Savigny, Goeschen u. Eichhorn. T. V, p. 20. sqq.

20) ICti enim, quibus Iustinianus in consarcinandis Digestis usus est, cum ea, quae haec verba proxime praecedunt, non intelligerent, vitium in sequentibus latere suspicati, ista corruptione locum emendare sibi visi sunt: Iam enim hunc sibi sensum expiscabantur: id quoque in restitutionem venire debere, quod ideo usucaptum esset, quia a possidente dolo malo alienatum esset, ut puta fundum aliamve immobilem rem b. f. emptori traditam. Librarios a simplici et minime obscura scriptura ad hanc corruptelam aberrasse, quae est vulgaris sententia, parum mihi probabile videtur.

21) Adversar. I, 18.

22) De Vitiis ICtor. Veter. I, 11. §. 1.

tem et cogitationem dicentis, paullum diverso. Primum exempla adducam, postea rationem eius rei. Sponsionis sententia in contrarium mutata sponsiones referuntur his locis: Cic. de offic. III, 19. in Verr. II, 5, c. 54. 3, c. 57. 59. pro Caec. 16. in Pison. 23. Valer. Max. II, 8. num. 2. Gell. XIV, 2. Gai. IV, 165. ex nostra restitutione. Ipsa sponsionis verba neque in contrarium mutata referuntur his locis: Cic. pro Quint. 8. 27. Gell. VII, 2. Petron. Satyr. 10. ed. Burm., quae tamen loca ferme omnia a viris doctis contra codicum fidem tentata sunt. Diversitatis autem ratio in hoc est: Cum contrarium ponitur, ea est dicentis sententia, Titium, nisi res ita se haberet, etiam ad sponsionis periculum subeundum paratum se ostendisse: mentem igitur ad periculum poenamque, quam alter, ni suum assertum verum esset, in se recipiebat, advertit, non ad ipsa stipulationis, quam elocutus erat, verba. Ubi vero dicentis animo magis ipsa verborum conceptio, quam sponsionis periculum obversatur, genuina etiam sponsionis verba referet. Prior ratio natura sua, quoniam semper eius, qui sponsionem fecit, cogitationem refert, perpetuo coniunctivum modum efflagitat; posterior et coniunctivum et indicativum admittit; ut tamen hic aptius ponatur, quapropter etiam hoc loco inter *dedit* et *dederit* prius cum codicibus praeferendum videtur. Secundum haec igitur nostro loco, ubi aperte non id agitur, ut asserentis fiducia, qui vel ad sponsionem processerit, ostentetur, sed tantum ut sponsionis partem in dubium revocatam Trebatius cognoscat, codicum auctoritatem ab inconsiderata editorum et interpretum temeritate defendere non dubitabimus.

Praeterea causa dicenda est Q. Caepioni praetori, cui in ipso magistratu manus intentantes doctissimi viri accusatores exstiterunt, eumque ex hac sponsione, solo praetoris incerto nomine relicto, exturbare conati sunt. Verum is, cum tot testimoniis ex ipsa antiquitate productis defendatur, et certissimis argumentis adiuvetur, aut non habebit, spero, quod sibi metuat, aut sicubi solum vertere iam coactus est[23]), mox se restitutionem impetraturum esse confidet. Primum ipse Schue-

23) Quod accidit in ed. Schuetziana: ubi legitur: *Ni bonorum Turpiliae possessionem praetor ex edicto suo mihi dederit.*

tzius V. C. testatur, omnes codices manuscriptos itemque editiones habere vel Q. Caepio, vel Q. Capio, vel Caepio, vel Capio. Iam vero quaero, unde hoc nomen, cuius p. 15 in quibusdam codicibus corrupta lectio caeterorum fidem non derogat sed confirmat? Qui glossam ubique odorantur, hi utinam quid glossae ansam dederit, undeque enata sit, demonstrare nobis velint! Et hic quidem cupio scire, quo vaticinio quove augurio usus sit huius scilicet glossulae faber, ut praetoris illius, qui Silio Turpiliae bonorum possessionem dedit, nomen tot seculorum decursu totiusque antiquitatis silentio obrutum, perdisceret subito atque resciret? Nisi forte posteros ludificari voluit homo iocularis, nomine quod primum in mentem venerat, arrepto et praetori illi indito. Sed haec scripturae documenta etiam argumentis, ut dixi, confirmantur. Observavi enim, quotienscunque in solennibus formulis edicti alicuius mentio iniiciatur, etiam ipsius praetoris, qui eam rem gessisset, nomen addi solitum esse, idque nec omitti ab iis, qui talem formulam non ad sensum tantum sed diligenter et ad verba referunt, quod hoc loco fit. Ad quam rem probandam paucorum locorum exemplis defungar. Gaius IV, 46. in formula actionis: *Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse.* Cic. pro Quint. 8. in formula sponsionis: *Si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent.* Idque inde in consuetudinem venit, quod ipsi praetores in edictis vel decretis, ad quorum verba deinde sponsionum formulae diligentissime componebantur, ubicunque edicti mentionem facerent, *suum* nominare consuessent; velut in ea parte edicti, quam Cic. pro Quint. 27. refert: *Qui ex edicto meo in possessionem venerint.* Item in eo edicto, ad cuius tenorem nostra sponsio conformata est: l. 1. pr. D. quor. bonorum: *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est.* Et hoc quidem eam ob causam, quia praetores edictum in suum quisque annum proponebant, omniaque edicta imperio eius, qui eo anno magistratum gerebat, continebantur, unde notissimum illud Ciceronis, qui plurimum edicto tribuant, legem annuam vocare. Caeterum quis ille Q. Caepio fuerit, alio loco.

Antequam hinc discedam, a me impetrare non possum,

quin postremo hanc animadversiunculam adiiciam, Ciceronis aevo arbitrariam actionem ex interdictis reo nondum indulgeri, sed rem semper sponsionibus et restipulationibus transigi solitam esse[24]. Quod ut sentiam, primo me movet altum tam in Caeciniana quam in hac causa de arbitraria actione silen- p. 16 tium, quam si potuisset is, unde petebatur, eligere, et tantummodo respuisset, causae suae bonitate et copia fretus, hercle orator graviter in eius audaciam et pervicaciam invehere eamque acriter hoc nomine perstringere non supersedisset; dein locus ex Caecinianae c. 8. hicce: *Verumtamen nimiae vestrae benignitati pareremus, si alia ratione ius nostrum recuperare possemus. Nunc vero quis est, qui aut vim armatis hominibus factam relinqui putet oportere, aut eius rei leniorem actionem nobis aliquam demonstrare possit?* Nisi quis dicere velit, in interdicto de vi armatis hominibus propter atrocitatem facti praetoribus arbitrariam actionem indulgere religioni fuisse, quod mihi non magnopere probatur. Illud vero arbitrarium iudicium, per quod post sponsionis victoriam possessio restitueretur, iam tum tribui consuevisse, multa eiusdem orationis loca, in quibus unum idemque, ad possessionem recuperandam Caecinam agere, semper inculcatur, extra dubium ponunt. Hinc autem perspicuum fit, quemadmodum interdicta quoque, primum puniendi malignos homines et reprimendi causa reperta, paullatim ad mitius deflexerint, caeterisque privatis actionibus assimilata fuerint, donec sponsionibus prorsus abiectis, a vulgaribus actionibus nihilo nisi nomine et iudicii constituendi principio segregarentur, id quod quibusdam interdictis satis mature, ceteris certe iudiciorum ordine sublato evenit.

De sponsione satis, ut puto, dictum est. Iam ad illam nobilissimorum ICtorum dissensionem excutiendam et diiudicandam veniamus.

Sponsionem, de qua adhuc disseruimus, sine periculo suo Silium facere posse, visum Trebatio erat. Alia in sententia stabant Servius et Ofilius, uterque clarus ICtus;

---

24) Hoc verum non esse, nunc ex ipso Cicerone cognovimus. Vid. Comm. nostrum ad orat. pro Tull. §. 58. in Analect. litterar. p. 178.

ille enim pleno nomine Servius Sulpicius Rufus, Ciceronis amicus, iurisprudentiae in artem redactae auctor; hic C. Aulus Ofilius (sic enim viri docti nomen ipsius dudum constituerunt apud Pomponium l. 2. §. 44. D. de O. I.) Caesaris familiarissimus, qui plurimum a Servio profecerat, unde et in hac causa eius sententiae eum subscripsisse mirum non est [25]). Iam vero quaeritur, quanam in re et quibus rationibus adducti dissenserint hi ICti a Trebatio. Ait Cicero simpliciter, negasse tabulas testamenti esse eas, quas p. 17 is instituisset, qui factionem testamenti non habuisset: itaque vincere Silium non posse ea sponsione, qua bonorum possessionem ex edicto praetoris datam sibi esse contendat. Ex his (quod obiter) primo illud, quod supra indigitavi, illustratur, Ciceronem idcirco caput tantum sponsionis attulisse, quoniam de hac sola parte controversia futura erat. Deinde vero sequi videtur, duplicem tantummodo dissensionis causam esse potuisse: aut enim existimabat Trebatius, bonorum possessionem secundum eius tabulas, qui testamenti faciendi ius non habuisset, datam valere, Servius et Ofilius negabant, aut in hoc inter se dissidebant, an Turpilia testamenti faciendi ius habuisset, necne. Utrumque deinceps considerabimus, ut utra probabilior diversitatis causa fuisse videatur, exquiramus.

Primum erat, Trebatium in ea opinione fuisse, quasi testamentum eius, qui testamenti factionem non habuisset, quamvis iure civili inutile esset, tamen ad bonorum possessionem proficere deberet. Tam insipidam et stultam opinionem tanto ICto attribuere, fateor mihi religioni est, quanquam in hac interpretatione omnes fere interpretes conspirasse video. Clarissimis verbis et omnis controversiae vel olim agitatae expertibus Ulpianus l. 1. §. 8. D. de B. P. S. T.: *Exigit praetor*, inquit, *ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur.* et Modestinus l. 19. D. qui testam. fac. poss.: *Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum*

---

25) Cf. Guil. Grot. de Vit. ICtor. Veter. I, 11. §. 1.

*possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit;* ut alia testimonia omittam. Et vero quis omnino testimonia flagitabit, si quaeratur, numquid praetor secundum infantis, servi, filiifamilias testamenti tabulas possessionem dare possit? Ne hoc quidem iustam ambigendi materiam tàm cordato ICto suppeditasse mihi videtur, quod Turpilia fortasse filiafamilias testamentum fecisset, posteaque sui iuris effecta decessisset, quandoquidem utroque tempore, et cum testaretur, et cum moreretur, testatorem testamenti factionem habere oportere, explorati iuris sit. Postremo neque in illud deverticulum huius interpretationis auctores tuto se recipient, quod illo tempore nondum ita indubitate de hac re constitisse dicant. Nam ius Romanum, si summa praecepta spectes, quo antiquius, eo certius, et, quod specialiter ad bonorum possessionem attinet, quo altius ad originem ipsius ascenderis, eo arctius eam iuri civili inserviisse invenies. Itaque hanc non fuisse dissentiendi causam, facile omnes largientur.

p. 18

Num igitur dubitatum est de hoc, quod secundum fuisse recordamur, an testamenti factionem habuerit Turpilia annon? Et plures quidem causae efficiunt, ut quis testamenti condendi facultatem non habeat. Ancilla fuit, peregrina, infans, alieno iuri subiecta. Sed de his dubitat nemo, nedum Trebatius. Quid ergo est? Mulier fuit; de hoc videtur iusta ambigendi excusatio: quod ut recte intelligatur, duo iuris antiqui praecepta in memoriam revocanda sunt; primum quod Romani mulieres suas perpetua tutela regi voluerunt, ut quicquid civilis negotii gererent, veluti si testamentum facerent, sine tutore auctore recte riteque peragere non possent; res nunquam ignorata, hodie in vulgus nota. Alterum Gaio debemus; neque enim contenti Romani, quod feminis tutorem imposuerant; rerum ipsarum arbitrum et moderatorem, qui, quo minus bona dilapidarent, vel ultimo vitae iudicio agnatis eriperent, prohiberet, in gratiam agnatorum hoc quoque adinvenerunt, ne foemina, quamdiu familiam agnatosque haberet, omnino condere testamentum posset. Ita factum est, ut

omnes fere mulieres, praeterquam quae sive e mancipio sive ex servitute manumissae essent, vel alia de causa agnatis carerent, testamenti faciendi facultatem non haberent, i. e. ne tutore quidem auctore iustum testamentum facere possent.

Iam si quis diceret, alterutrum horum iuris praeceptorum Trebatium ignorasse videri, tantum abforet, ut ei ego adstipularer, ut etiam non levius hoc in tantum ICtum convicium iactum putarem, ac si interrogatus, num bonorum eius, qui testamenti factionem non habuisset, possessio secundum eius tabulas data valeret, valere respondisse diceretur. Quid ergo est? Nonne enim iam ambas, quas supra retulimus et unicas esse indicavimus dissentiendi rationes, recensuimus et ut ineptas reiecimus? Ita vero; sed reiecimus unamquamque sigillatim consideratam, nondum in unum utramque contulimus. Enimvero dicam aperte, quid sentiam. Si ingenua mulier testamentum, quod iure civili valeret, condere vellet, praeter communes solennitates duo maxime ei observanda erant, primum ut antea coemptione facta capite se diminueret, itaque familiam agnatosque exueret; alioquin enim ea persona, quae factionem testamenti non haberet, testata esse videbatur; tum ut auctore tutore testaretur. Quid, si ex testamento mulieris septem signis testium signato bonorum possessio peteretur? Num etiam praetor capite deminutam nec sine tutore auctore testatam mulierem requirebat? Et quod ad tutoris quidem auctoritatem attinet, hanc a praetore non requiri, certissimi iuris erat [26]), tum quod edicto nihil de ea comprehensum erat (ni quis, verba Gaii premens, etiam specialiter, eam non exigi, expressum fuisse dicat), tum quod absurdum foret, si praetor, in bonorum possessione danda solam aequitatem sequens, cum caeteras testamentorum subtilitates insuper haberet, huic iuris civilis, ut ita dicam, morositati, cuius, Gaio iudice [27]), nulla pretiosa ratio reddi potest, tan-

p. 19

---

26) Gai. II, 118: *Observandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, auctoribus iis, quos tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur.* §. 119. *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem* (Blum.: *hereditatem*) *pollicetur.*

27) I, 190.

tum tribuisset, ut testamentum nullo auctore conditum pro testamento non haberet. Quid vero de capitis deminutione dicemus? Hic cardo totius istius dissensionis vertitur. Ne multis: Trebatius hanc solennitatem etiam minus solidae rationis in se habere, quam istam auctoritatis interponendae necessitatem indicans, statim secundum illud, quod in maiore valet, valeat in minore, ratiocinatus est, et proinde secundum eiusmodi tabulas datam bonorum possessionem ex edicto datam videri, respondere non dubitavit. Satis id quidem probabiliter, ut facile quivis concedet, et sic, ut si forte erraverit vir doctissimus, certe indignum errorem errasse dici non possit. Quid Servius et Ofilius? Falso a Trebatio tutoris auctoritatis adhibendae necessitatem adiungi dixerunt: minime enim ex eodem utrumque genere esse; nam quod tutore auctore mulieres testari iure civili cogantur, id quidem ad ritus solennitatesque testamentorum, quas praetor susque deque ferret, pertinere; quod vero nisi capite deminutae iure civili utiliter non testarentur, minime id ad p. 20 solemnitates referendum esse, sed ad ipsum testamenti faciendi ius, quod alias mulier habitura non esset: alioqui dicendum foret, etiam secundum infantium, dementium, servorum tabulas bonorum possessionem ex edicto dari, quoniam hi quoque, si adolevissent, resipuissent, manumissi essent, utiliter testarentur. — Quae quidem quam subtiliter, quam circumspecte, quam vere adversus Trebatium disputata sint, ita neminem latere puto, ut si verbulum adiicerem, id quoque perdidisse mihi viderer. Revera autem Servium Ofiliumque his argumentis usos esse, primum ex illis epistolae nostrae verbis: *negare aiebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit*, clarissime patet, quae sic interpretanda sunt: Turpilia cum nulla praevia capitis deminutione testamentum fecisset, non solennitatem aliquam civili iure necessariam, praetorio inanem, neglexisse (quod Trebatius censuisset), sed omnino nullum et tam praetorio quam civili iure inutile testamentum fecisse, quoniam testamenti factionem, quam non minus praetor quam ius civile exigit, non

habuisset [28]). Tum vero etiam alii Ciceronis loco testimonium denunciamus, qui omnino nostram sententiam mirifice confirmat, et tam necessario cum hac epistola coniunctus esse videtur, ut eum nihil magnopere contra veritatem audere credam, qui dicat, nisi haec epistola scripta esset, nec illum locum ut scriberet, Ciceronem unquam in animum inducturum fuisse. Is vero locus est vexatissimus ille, Gaii nostraeque epistolae ope planissimus ex Topicorum c. 4. *Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam diminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari: adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.* — Potestne ovum ovo similius esse, quam haec sententia generaliter expressa responso Servii in causa Siliana emisso? Quae similitudo tanta est, ut quicunque rem, de qua agitur, tantum non omnino ignoret, etiamsi alia argumenta extrinsecus venientia p. 21 nulla accedant, tamen non possit, quin necessariam aliquam inter hunc locum et illam ad Trebatium datam epistolam relationem intercedere protinus agnoscat. Ego vero statim confirmatus sum in ea opinione, quod legenti mihi et relegenti Topicorum libellum, ICto utilissimum, Cicero ea exempla, quae cultiorem et reconditiorem iuris scientiam produnt, non tam ex doctrinae late diffusae loculis deprompsisse, quam ex causis amicorum, quibus ipse interfuerat, vel quae alias fori disputatione magnam famam illo tempore nactae erant, in memoriam revocavisse saepenumero visus sit. Unde nominatim hoc de testamento mulieris capite non diminutae exemplum ex Silianae causae recordatione ei occurrisse pronum ad existimandum erat. Denique vero omne nobis id existimantibus dubium exemit temporis personarumque ratio ad calculos subducendos in subsidium vocata. Primum quando Silius Turpiliae bonorum possessionem petiverit, ostendit Q. Caepionis praetoris in sponsione facta men-

---

28) Non sine causa dixit Servius *tabulas* testamenti, ad ius honorarium et bonorum possessionem respiciens, quae semper tabulas easque non minus septem signis testium signatas requirit. Similiter Gai. II, 119.

tio. Is enim Q. Caepio non alius est, quam M. Brutus, Caesaris occisor, qui plerumque quidem et communi sermone appellabatur suae familiae nomine M. Brutus, sed in publicis monumentis [29]) et forensibus formulis, in quibus ante omnia solennis et legitima nominum designatio exigebatur, Q. Caepio, vel plenius Q. Caepio Brutus, propterea quod a Q. quodam Servilio Caepione, et ut Ferrarius [30]) satis probabiliter coniecit, a Serviliae matris fratre germano, qui eo nomine utebatur, adoptatus erat [31]). M. autem Brutum ineunte eo anno, quo Caesar interfectus est, praeturam gessisse summoque otio iuri dicundo praefuisse constat [32]). Unde intelligimus, Silio bonorum Turpiliae possessionem a. u. 710., uti videtur, ante fatales istas Idus Martias datam esse. Quod si constat, etiam id tempus, quo nostra epistola scripta est, facile inveniri potest. Cum enim tunc hanc epistolam scriptam esse oporteat, cum et Cicero, et ICti, quos Silius consuluerat, una Romae essent aut certe Roma non procul abessent, quod ex ipsis hisce consultationibus apparet, p. 22 nullum fere tempus, quo scribi potuerit, convenit, quam mensis Maius eiusdem anni. Namque ante hunc mensem Servius Romae non affuit. Is enim proximos annos in Graecia, quam a Caesare a. u. c. 708. regundam obtinuerat, transegit, et morte demum Caesaris renuntiata, spe libertatis erectus, in urbem reversus est [33]). Ineunte vero eo mense etiam commode

---

29) Hoc ostendit Cic. Philipp. X, 11., ubi in recitandis SCti faciundi verbis repente Q. Caepio Brutus proconsul exsilit, qui antea nunquam aliter ac M. Brutus appellatus erat.

30) Ad Cic. Philipp. l. c., qui omnino summo acumine multaque doctrina de hac re egit. Adde Pigh. Annal. ad a. u. c. 709. Tom. III, p. 464.

31) Nescio, quo errore ductus *Epitomae de nominum ratione auctor* (qui ad calcem editionum *Valerii Maximi* adiici solet, apud *Torren.* p. 877.) scripserit: *Quin etiam quaedam cognomina in nomen versa sunt, ut Caepio: namque hoc in. Bruto nominis locum obtinuit.* Quis enim fando unquam audivit nomina aliter ac in *ius* desinentia? Legerat, opinor, scriptor alias non despiciendus *Ciceronis* in Philippica locum et rationis nominum per adoptionem mutandorum non satis peritus aut immemor, isto, ut fecit, modo ex difficultate se expedire conatus est. Eo facilius autem in hunc errorem induci poterat, quod *Caepio* in illo *Ciceronis* loco eam quam solent nomina sedem inter praenomen et cognomen obtinet.

32) Cf. Pigh. l. c.

33) Cf. Ever. Ottonis vita Ser. Sulpicii Lemon. Rufi c. 10. in fin. et c. 11. init.

iter absolvisse potuit, siquidem Octavius, qui, cum avunculus eius magnus occideretur, Apolloniae erat, iam a. d. XIV. Kal. Mai. Neapolin advenire [34]), et paucis post diebus Romae cum Tullio esse potuit [35]). Certe profectum esse Servium, circa idem tempus Ciceroni iam nuntiatum erat [36]), et fere Nonis Maiis Romam venisse, ex epist. ad Attic. XIV, 19. apparere videtur. Paucis autem ante Nonas Quintiles diebus Cicero, qui priorem huius anni partem modo in urbe modo rusticans in villis degerat, Roma abesse coepit; nam iure liberae legationis, quod tunc impetraverat, usus, iter Achaicum ingressus est, ex quo nisi pridie Kal. Septembres in urbem rediisse non videtur [37]). Posset sane etiam post reditum Ciceronis sub finem huius anni epistola ad Trebatium data esse; sed statim dicam, quare id displiceat: anno insequenti certe vix iam poterit assignari, quoniam Ser. Sulpicius paucis post Kal. Ianuarias diebus legatus ad Antonium Mutinam missus, in ipsa legatione diem suum obiit [38]). Haec de epistola nostra. Topica autem Cicero eodem anno Velia proficiscens in Graeciam, in ipsa navigatione, cum secum libros non haberet, memoria repetita, conscripsit et Rhegio librum ad Trebatium misit a. d. V. Kal. Sextil. [39]). Nunc si Cicero hanc iuris regulam, quam in Topicis refert, tum cum ad Trebatium de Siliana causa scriberet, tam certo teneret, ut etiam p. 23 exempli loco in libro philosophico ponere eam non dubitaret, quid, quaeso, ne verbulo quidem, scribens ad Trebatium, se quoque Servio adsentiri admonuit? Et haec prima est causa, propter quam post cursum Achaicum illam epistolam scriptam esse nobis displicere diximus. Accedit altera, quod duae litterae ad Atticum brevi ante Kal. Quintiles datae, quarum altera se Silium exspectare, altera Silium non venisse, sed causam se ipsius composuisse significat, ad eandem Silii cau-

34) Cic. ad Attic. XIV, 10.
35) Ibid. XIV, 12.
36) Ibid. XIV, 18.
37) Vid. F. Fabric. Marcodur. M. Tullii Ciceronis histor. per cons. descr. ad a. u. c. 709.
38) Cf. Ever. Otto l. c. c. 11. init. F. Fabric. l. c. ad a. u. c. 710.
39) Cic. ad Divers. VII, 19. Top. 1.

sua pertinere videantur [40]). Quod si est, nostram epistolam illas duas proxime antecessisse dicendum erit [41]). Verum etsi de ipso die nihil pro certo statui possit, si modo hoc teneamus, mense Maio hanc epistolam ex villa aliqua, in qua Cicero, iter parans, rusticabatur, datam esse, quid potest iam cogitari aptius, quid pulcrius convenire? Vix pauculi dies praeterlapsi erant, cum Cicero Topicorum locum exararet, post Silii causam agitatam atque disputatam, cuius memoria eo recentior menti ipsius insidere debebat, quod ad Trebatium scribebat, quem in ista causa egregie lapsum esse meminerat. Simul ex hoc Topicorum loco coniicere licet, aut Trebatium Servii et Ofilii argumentis, quae Cicero istic refert, erroris convictum in sententiam eorum, ut par erat, concessisse, aut Silium, si sponsionem de sententia Trebatii fecerit, causam non tenuisse. Prius tamen verisimilius mihi videtur, maxime si, quod ait Cicero ad Attic. XV, 24., se Silii causam composuisse, ad Turpilianam hereditatem pertinet.

Quicquid est, in hac certe causa Servius, omnino primae caveae ICtus, longe subtiliorem et acutiorem iuris interpretem se praestitit, quam Trebatius, qui, si verum fateri velimus, duos, cum illud responsum daret, errores commisit, quorum alterum tantum sed eum gravissimum Servius, hoc ad deterrendum Silium sufficere ratus, detexit. Verum etsi concedatur Trebatio, praetorem secundum eiusmodi tabulas iure civili inanes bonorum possessionem ex edicto suo dare, tamen Silium superiorem evadere potuisse nego; qui est alter Trebatii error. Trebatii enim temporibus secundum p. 24 tabulas bonorum possessioni nondum tantum datum est, ut etiam hereditatem vinceret; sed ita tantum scripti heredes hereditatem retinebant, si nemo erat, ad quem legitimo iure hereditas pertinebat [42]). Hoc igitur casu, cum Silius peteret, heredes possiderent, dubium non erat, quin possessores, sponsione facta, pariter exceptionem, ni legitimo iure hereditas ad se pertineret, a praetore impetraturi essent, ac dominus ad-

---

40) Ad Attic. XV, 23. 24.
41) Schuetzius V. C. eam inter incerti anni epistolas retulit Tom. VI, ep. 858.
42) Gai. II, 119. 148. 149. Ulp. XXVIII, 6.

versus Publicianam actionem dominii exceptione defendi solet. Quodsi Turpilia prius capite se diminuisset et ita testamentum ordinasset, sane Silius bonorum possessor, sponsione facta, nihil periclitatus esset, siquidem ipse ex testamento pro herede gerendo heres factus etiam iure civili legitimos heredes excludebat. Igitur Servius et Ofilius non omnino improbabant Silii sponsione adversarios provocaturi consilium, sed ita ut res erat, cum heres factus non esse videretur.

Caeterum si quaeras ex me, quinam fuerit hic P. Silius tam saepe a nobis laudatus, non habeo fere quod respondeam, nisi quod integro nomine P. Silius Nerva dictus sit[43]), eumque a. u. c. 702. Bithyniam pro praetore administrasse, et ex isto tempore Cicerone semper familiarissime usum esse, ex quibusdam ab hoc ad eum missis epistolis comperiamus[44]).

Itaque ipsa capitum, quae pertractanda nobis proposueramus, absolutio nos admonet, ut finem huic disputationi imponamus. Qua quidem comprobasse tandem mihi videor, hanc Ciceronis epistolam iis locis adnumerandam esse, quibus istud de mulierum testamentis iuris praeceptum confirmatur, quod ex Gaio[45]) primum didicimus; cuius cognitione ego prae aliis tantopere delector, ut, cum multis nominibus Blumius V. C. omnes, quibus solida iurisprudentia cordi est, sibi obstrinxerit, certe maior nullo nomine gratia ei habenda videatur, quam quod istum locum oblitteratissimum primus ex codice manuscripto eruerit Gaioque restituerit.

---

43) Cf. Pigh. Annal. ad a. u. c. 700. et 701.
44) Vid. Epist. ad Divers. XIII. 61—65. Fortasse etiam XIII, 47. Mentio eius fit etiam ad Attic. VII, 1.
45) I, 115. — Vid. praeterea quae de hoc iure nuper disputavimus in Krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft Tom. V. p. 296.

## II.

# Beyträge
## zur Erläuterung des Rechts der Succession in die Güter der Freygelassenen.

---

### *Erster Aufsatz.*
### Ueber einige zweifelhafte Verordnungen der *lex Papia Poppaea* in Beziehung auf die Succession in die Güter der Freygelassenen.

Die Zweifel, welche in diesem Aufsatze gelöst werden sollen, sind hauptsächlich folgende:

1. Was für ein neues Recht gab die *lex Papia Poppaea* dem Patron gegen die *liberta quatuor liberis honorata?*
2. Welches Erbrecht gab dieselbe *lex* der Tochter des Patrons?
3. Was für eine *fictio* ist die von Iustinian in seiner Constitution *de iure patronatus* erwähnte, dass die Tochter des Patrons für dessen Sohn angesehn werden solle, und woher rührt sie?
4. Was für ein Erbrecht ertheilte die *lex Papia Poppaea* den Kindern der Patroninn?

Zur Vorbereitung auf diese unter einander verwandte Gegenstände vorliegender Abhandlung möge eine kurze Darstellung der Succession in die Güter der Freygelassenen vor der *lex Papia Poppaea* dienen.

Das Zwölftafelgesetz verordnete bekanntlich, dass wenn ein Freygelassener oder eine Freygelassene ohne Testament

und ohne *sui heredes* versterbe, sie der Patron oder dessen Kinder beyderley Geschlechts, wie jedes dem Grade nach das nächste wäre, beerben sollten [1]). Durch diese Verordnung war, was den Patron und dessen männliche Kinder betrifft, diesen ein unvergleichlich gesicherteres Recht gegen die *liberta* als gegen den *libertus* gegeben. Denn jene konnte keine *sui heredes* haben und nicht ohne *auctoritas tutoris*, welches immer die männlichen Patronatsberechtigten waren, testiren [2]); ihre Güter fielen daher dem Patron oder dessen männlichen Kindern auf jeden Fall anheim, sobald diese sie nur kein Testament machen liessen. Umgekehrt konnte der *libertus sui heredes* haben und ohne des Patrons Einwilligung ein Testament errichten. Bey ihm war es also seiner freyen Willkühr überlassen, ob er das Intestaterbrecht des Patrons eintreten lassen wollte oder nicht. Ganz anders dagegen stand es mit der Patroninn oder den weiblichen Kindern des Patrons. Gegen den *libertus* freylich war das Recht dieser Personen nur eben so schwach, wie das der männlichen Patronats-Berechtigten; gegen die *liberta* aber bey weitem schwächer. Denn da sie als Weiber keine Tutel über dieselbe haben konnten [3]), so konnte letztere sie durch ein undankbares Testament ohne Weiteres von ihrer Erbschaft ausschliessen.

Bey diesem Stande der Sache machte der Präter in den spätern Zeiten der Republik sein Edict über die Succession in die Güter der Freygelassenen. Durch dieses wurde für

---

1) Eigentlich war blos der Patron selbst genannt; aber die Kinder desselben verstanden sich von selbst (*Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 308.). Denn da zur Zeit der zwölf Tafeln das Individuum noch völlig in der Gattung aufging, so war, wie in den göttlichen Reden des alten Testaments, der Mann selbst identisch mit seinem ganzen Samen. Daher auch umgekehrt mit *familia* ein Einzelner in den zwölf Tafeln bezeichnet wurde. *L.* 195. §. 1. *D. de V. S.*

2) Mit der *tutoris auctoritas* konnte sie aber auch testiren, weil sie keine Agnaten hatte und daher die *testamenti factio* nicht, wie die übrigen Weiber in der Regel, entbehrte. S. meine Abhandlung *de privileg. Fecen. Hispal. SC. concessis p.* 28. u. 29. und *de causa Silana p.* 18. Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 5. S. 296.

3) Die *libertae* hatten in diesem Falle seit der *lex Attilia* einen *tutor Attilianus* (*Gai.* 1, 195.), welcher einer von denen, *qui potestate ipsarum continebantur*, war.

den Fall, dass ein *libertus sui naturales* hinterliesse, welche den Patron nach den zwölf Tafeln schlechthin ausschliessen, nichts Neues verordnet, mochte der Freygelassene mit oder ohne Testament versterben. Dagegen wenn der Freygelassene keine *sui naturales* hinterliesse, dann versprach der Prätor dem Patron, wenn der Versterbene ein Testament gemacht und darin ersterem nicht wenigstens die Hälfte seines Vermögens zugewandt habe, eine *dimidiae partis contra tabulas bonorum possessio*; sey er ohne Testament gestorben und habe *sui non naturales* hinterlassen, gegen diese *sui* eine *ab intestato dimidiae partis b. p.* Hierdurch war für ein angemessenes Recht des Patrons und seiner Söhne gegen den *libertus* hinlänglich gesorgt. In Beziehung auf die *liberta*, gegen welche das Civil-Recht den Patron schon vollkommen sichergestellt hatte, liess das Edict das Zwölftafelrecht unverändert stehn [4]). Verbesserte es nun aber auch das Recht der weiblichen Patronatsberechtigten? In Beziehung auf die *libertae* gewiss nicht, weil darüber der Prätor auch beym Patron nicht einmal etwas gesagt hatte [5]). Aber auch gegen den *libertus* gab ihnen das Edict nach damals herrschenden Voconischen Grundsätzen keine neuen Rechte [6]).

So stand die Sache, als die *lex Papia*, wie im ganzen Familienrechte, so auch im Verhältnisse der Patrone und der Freygelassenen ihre neuen Grundsätze aufstellte — also für die Patrone und deren männliche Kinder vollkommene Sicherheit, sowohl in Beziehung auf den *libertus* als die *liberta*, so dass für sie ein neues Gesetz gar nichts mehr zu bestimmen übrig fand; dagegen für die Patroninn und die weiblichen Kinder von Patronen die grösste Unsicherheit.

Nach diesen Vorbemerkungen gehn wir zur Beantwortung unserer Fragen über.

## 1.

### Was für ein neues Recht gab die *lex Papia Poppaea* dem Patron gegen die *liberta quatuor liberis honorata*?

---

4) *Ulp.* 29, 2.
5) Auch folgt dieses geradezu aus *Gai.* 3, 52.
6) *Gai.* 3, 49. *Ulp.* 29, 6.

Sehn wir von dem besondern Falle des *libertus centenarius* ab, so würde die *lex Papia Poppaea* für die Patrone, deren Recht sie so gesichert vorfand, schwerlich etwas Neues verordnet haben, wenn sie nicht selbst deren Rechte in Einem Falle untergraben hätte. Dieses aber that sie — aus welchen Gründen, soll nachher untersucht werden — und daher musste sie ihnen auch wieder einiger Maassen Sicherheit verschaffen. Sie bestimmte nähmlich, dass *libertae* welche vier Kinder hätten, von der Tutel des Patrons frey seyn sollten [7]. Eine Folge dieser Bestimmung war, dass solche *libertae* von nun an ohne ihrer Patrone Einwilligung Testamente machen und dieselben folglich nach dem Zwölftafelrecht, welches für die Erbschaften der *libertae* bis dahin das einzige war, willkührlich von ihrem Nachlasse ausschliessen konnten. Um nun dieser Folge vorzubeugen, verordnete die *lex Papia Poppaea* zugleich:

*ut pro numero liberorum libertae superstitum virilis pars patrono debeatur* [8].

Hierbey entsteht eine doppelte Frage: 1) Bekam der Patron diesen Kopftheil blos, wenn die *liberta* mit einem Testament starb, und, wenn sie *ab intestato* starb, *iure civili* die ganze Erbschaft; oder war er auf jenen Kopftheil auch *ab intestato* beschränkt? 2) Hatte der Sohn des Patrons dieselben Rechte, welche in diesem Falle dem Patron zustanden?

Was die erste Frage betrifft, so entscheiden sich alle Schriftsteller über diesen Punct, so viel ich weiss, für das erste [9]. Ich halte aber das Gegentheil — dass der Patron *ab intestato* wie *a testato* auf den Kopftheil beschränkt gewesen sey — für richtiger. Meine Gründe sind folgende:

1) Ulpian a. a. O. sagt ganz allgemein: es werde dem Patron ein Kopftheil aus der Verlassenschaft geschuldet, also sowohl *ab intestato* als *a testato*; wenn aber eine Verschie-

---

7) *Gai.* 3, 44. *Ulp.* 29, 3. *Ingenuae* wurden von einer strengen Tutel schon durch drey, von einer Tutel anderer Art durch zwey Kinder frey. *Gai.* 1, 194.

8) *Ulp.* 29, 3. bei *Gai.* 3, 44. nur noch halb zu lesen.

9) *Heinecc. ad l. Iul. et Pap. Popp.* II, 23. §. 6. Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 107. Förster ebendas. S. 87.

denheit der Intestaterbfolge von der Testamentserbfolge statt gefunden hätte, so würde der sonst so genaue Ulpian ihn gewiss angeführt haben.

2) Nach der entgegengesetzten Ansicht würde die *lex Papia Poppaea* eine grosse Härte und Unbilligkeit sich dadurch haben zu Schulden kommen lassen, dass sie an zufällige Umstände die wichtigsten verschiedenen Folgen geknüpft hätte; denn etwas Zufälliges ist es doch in dieser Beziehung gewiss, ob die Freygelassene, da sie das Recht unbekümmert um den Patron zu testiren einmal hat, dieses Recht wirklich gebraucht oder nicht; etwas höchst Wichtiges dagegen, dass im ersten Falle ihre Kinder nur einen Kindestheil vom Vermögen ihrer Mutter abgeben, im zweyten dagegen gar nichts von demselben bekommen sollten. Dieses Argument wird noch bedeutender, wenn man — was bey den Julischen Gesetzen nie ausser Acht zu lassen ist — bedenkt, dass es der *lex Papia Poppaea*, wenn sie die Fruchtbarkeit der Mütter belohnte, nicht blos darum zu thun war, der Zahl nach viele, sondern auch zugleich gute Bürger zu bekommen, welche aber unmöglich dadurch erzielt werden konnten, dass man reich erzogene Kinder um eines Zufalls willen plötzlich in die tiefste Armuth sinken liess.

3) Im ganzen Römischen Rechte folgen Erbschaft und Tutel, wie auch die Natur derselben es erheischt, denselben Grundsätzen. Wer Jemanden nach seinem Absterben beerben wird, hat bey dessen Lebzeiten über sein unbeschütztes Vermögen in der Regel die Tutel. Gegen diesen Grundsatz, welcher sich sonst durch alle Entwickelungsstufen des Römischen Privatrechts bis auf Justinian hin beständig erhalten hat, würde die *lex Papia Poppaea* offenbar gefehlt haben, wenn sie dem Patron, dem sie die Tutel über die Freygelassene mit vier Kindern genommen hatte, doch die Intestaterbschaft derselben gelassen hätte. Nach unserer Ansicht macht sie diesen Verstoss nicht; vielmehr erhält ihre ganze Art, dieses Verhältniss anzusehn, dadurch ein neues Licht. Die *lex* wollte nähmlich nicht blos einem Missstand, der durch die von ihr verordnete Aufhebung der Tutel des Patrons über die Freygelassene mit vier Kindern zu entstehn schien, durch den

Vorbehalt des Kopftheils für den Patron vorbeugen — so denken sich die Anhänger der entgegengesetzten Meinung die Sache — sondern ihre Absicht war zunächst darauf gerichtet, den freygelassenen Frauen mit so viel Kindern eine selbstständige, vom Patron unabhängige Vermögensfreyheit zu geben, welche Unabhängigkeit, wie gewöhnlich, sich zugleich auf Erbschaft und Tutel beziehn sollte. Dabey jedoch berücksichtigte sie untergeordnet auch noch das Verhältniss zum Patron, dem die Verstorbene nebst ihren Kindern Freyheit und Vermögen verdankten, und da die Tutel wegen ihrer Untheilbarkeit ihm nicht zu einem Theile gelassen werden konnte, so ertheilte sie ihm vom Erbvermögen einen Pflichttheil. Die *lex Papia Poppaea* stürzte also hier, wie überall, das Princip des alten Civilrechts um, setzte ein neues an die Stelle und liess die früher durchaus entscheidenden Momente nur noch so weit eine Ausnahme bewirken, als ihnen nach dem neuern Princip des Rechtslebens, Geltung des Individuums gegen die Gattung, Wichtigkeit beywohnte [10].

4) Auch noch von einer andern Seite betrachtet, war diese Verordnung nach unserer Ansicht verstanden dem Geiste der *lex Papia Poppaea* entsprechender als nach der entgegengesetzten. Im Vermögen des *libertus centenarius* nähmlich, gegen dessen Kinder, wenn ihrer nicht mehr als zwey waren, die *lex* dem Patron aus Rücksicht auf seinen natürlichen Anspruch auf Dankbarkeit auch einen Kopftheil bewilligte, fand diese Succession ebenfalls sowohl *ab intestato* als *a testato* statt [11].

5) Endlich können wir auch noch folgenden Umstand als Argument für unsere Meinung hinzufügen. Als unter

---

10) Wie man oft die Momente, welche den Umfang der Jemanden beygelegten Rechte bestimmen, berechnen kann, so auch in vielen Verordnungen der *lex Papia Poppaea*. Die Patronatsberechtigung über weibliche Freygelassene war nach den zwölf Tafeln für die Beschränkung der Vermögensfreyheit der Freygelassenen $= + I$ und die Kinder derselben hatten in dieser Beziehung gar kein Moment. Nach der *lex P. P.* fand man vier Kinder oder mehr $= - I + 1$ und gestand dem Patron wegen der Pflicht der natürlichen Dankbarkeit nur noch $\frac{1}{5 \mp x}$ zu, welches jenem $+ 1$ negativ gegenübertritt.

11) *Gai.* 3, 42. §. 2. *I. de success. libert.*

Marc Aurel das *SC. Orphitianum* den Kindern ein Erbrecht im Vermögen ihrer Mutter gab, berief es mit den Kindern zugleich den Patron und den *parens manumissor* der Verstorbenen zu einem Kopftheil [12]). Diese Bestimmung des Senatus-Consults erscheint viel natürlicher und gewinnt bey weitem mehr historischen Zusammenhang, wenn schon nach früherm Rechte wenigstens in Einem Falle der Patron ein solches Intestaterbrecht mit den Kindern der Verstorbenen zusammen hatte, als wenn er bis dahin durchaus immer den Kindern vorgezogen gewesen wäre. Das Senatus-Consult schätzte nähmlich das blosse Kindesverhältniss zur Mutter, dessen Ansehn im Rechte überhaupt von der *lex Papia Poppaea* an bis auf Justinian immer mehr stieg, schon höher als die *lex Papia Poppaea* diess gethan hatte, und zwang ihn, auch schon mit Einem Kinde der ohne Testament verstorbenen *liberta* zu theilen.

Die Gründe der Gegner laufen wohl blos auf die Fassung der Stelle des Ulpian [13]), in welcher er von unserer Verordnung der *lex Papia Poppaea* spricht, hinaus, und in der That scheint diese Fassung auf den ersten Blick jener Meinung günstig zu seyn. Es heisst dort nähmlich, weil die *lex Papia Poppaea* die libertae von der Tutel der Patronen befreyt und so bewirkt habe, dass sie auch ohne der letztern *auctoritas* ein Testament machen könnten, habe sie verordnet, dass der Patron mit den Kindern der *liberta* nach der Zahl derselben einen Kopftheil bekommen solle. Der Gedankenzusammenhang, welcher sich hier zunächst darbiethet, ist allerdings dieser: die *lex* habe dem Patron wegen des Verlustes der Tutel da, wo ihm diese wichtig war, mit einem Kopftheil entschädigt. Allein Ulpian sagt nicht: *in hunc casum prospexit*, d. h. für den Fall des Testaments, und so beweist jener relative Satz, *cum intulerit etc.* weiter nichts, als dass die *lex*, indem sie die Vermögensabhängig-

12) *L. 1. §. 9. D. ad SC. Tertull.* Vgl. *L. 3. C. Th. de legit. hered.*

13) *Ulp.* 29, 3. *Lex Papia Poppaea postea libertas quatuor liberorum iure tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitum virilis pars patrono debeatur.*

keit der *liberta* vom Patron im Ganzen aufhob (was sich durch die Befreyung der *liberta* von der Tutel des Patrons zunächst aussprach), doch, um dem Patron nicht zu nahe zu treten, die Viril-Portion noch übrig gelassen habe. Für die Art und genauere Beschaffenheit dieses Erbrechts kann aus jenem Satze nichts geschlossen werden, sondern diese sind anderweitig nach der von der *lex* muthmasslich befolgten grössten Zweckmässigkeit und Billigkeit zu bestimmen; und worauf diese führen, hat die eben gelieferte Entwickelung hinlänglich gezeigt.

Die Weise übrigens, wie der Patron im Fall der Intestaterbfolge auf seinen Kopftheil beschränkt wurde, muss man sich so denken. Die Kinder waren auf die *bonorum possessio unde cognati* beschränkt, welcher bis dahin der Patron in der Classe *unde legitimi* stets voranging. Wenn nun der Patron zuerst die *b. p.* verlangte, so gab sie ihm der Prätor zwar, jedoch nur *pro parte virili*, indem er den Kindern ihre übrigen Portionen vorbehielt (denn für die übrigen Kopftheile hatte die *lex Papia* das ältere Civilrecht, wenn auch nicht ausdrücklich, doch dem Sinne nach so vernichtet, dass der Prätor sich nicht mehr danach richten konnte): oder er gab sie ihm zwar geradezu, schützte aber nachher in dem *interdictum Quorum bonorum* oder in der *hereditatis petitio* die Kinder durch Exceptionen und Replicationen aus der *lex Papia Poppaea:* oder endlich er ertheilte die *b. p. unde legitimi* dem Patron gar nicht mehr, weil das alte Princip selbst erstorben war, sondern statt deren eine *b. p. ex lege* auf einen Kopftheil an der Stelle der *b. p. unde legitimi;* und dieses scheint das richtigste.

Nach Beantwortung dieser ersten Frage wenden wir uns jetzt zu der zweyten: ob die männlichen Kinder des Patrons gegen die *liberta quatuor liberis honorata* nach der *lex Papia Poppaea* dasselbe Recht gehabt haben, welches dem Patron durch dieselbe gegeben war? Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen. Denn Gaius, welcher eben (3, 44.) jenes Recht des Patrons selbst auseinandergesetzt hat, fügt unmittelbar darauf (3, 45.) und ganz allgemein hinzu: *Quae autem diximus de patrono, eadem intelligemus et de filio pa-*

*troni.* Und dass wir diese allgemeine Behauptung auch auf jenes Recht der *lex Papia* beziehn, hindert uns nicht nur nichts, sondern wir müssten selbst ohne diese Stelle, schon nach allgemeiner Analogie, dasselbe von dem Sohne des Patrons behaupten, was von dem Patrone selbst gilt, weil auch in allen andern Beziehungen ihr Patronatrecht gleich ist.

## 2.

## Welches Erbrecht gab die *lex Papia Poppaea* der Tochter des Patrons?

Alle Rechte, welche die *lex Papia Poppaea* Frauenzimmern überhaupt gab, waren an den Besitz von Kindern geknüpft. So denn auch hier. Im Einzelnen aber kommt es bey Bestimmung der der Tochter des Patrons ertheilten Rechte fast allein auf die Interpretation von *Gai.* 3, 46 und 47. und *Ulp.* 29, 5. an. Diese Interpretation wird jedoch von der Schwierigkeit der Sache selbst auch abgesehen, durch zweyerley sehr erschwert, theils dadurch, dass in der Hauptstelle bey Gaius fast die Hälfte der Worte unleserlich ist und daher der Sinn mehr errathen als interpretirt werden muss, theils dadurch, dass auch der Grund, auf welchem die *lex Papia Poppaea* bey diesen Bestimmungen fusste, noch gar nicht sicher ist. Mit dem letzten zu beginnen, wird das passlichste seyn.

Wie wir oben die Sache dargestellt haben, so war das nächste Recht, an welches die *lex Papia Poppaea* hier ihre Verordnung unmittelbar anreihte, das Zwölftafelgesetz, demzufolge die Tochter des Patrons alsdann dem *libertus* oder der *liberta* succedirte, wenn dieser oder diese ohne Testament und ohne *sui* verstorben waren. Dagegen scheint aber eine Stelle aus Iustinians Constitution *de iure patronatus* 14) zu streiten, welche nach der Reizischen Uebersetzung folgender Massen lautet:

*Antiqua igitur simulatio et observatio, qua filiam patroni fingebamus patroni esse filium, sublata sit, hodie enim*

14) In der Spangenbergischen Ausgabe des *Codex Iustinianus L. ult. C. de bon. libert.*

*et ipsa ad hereditatem vocatur: neque vocentur solum bonorum possessionem petentes, sed etiam legitimi heredes, et heredes scripti habeant sane bonorum possessionem secundum tabulas; caeterae autem patronicae bonorum possessiones quiescant.*

Hiernach scheint es, als wenn die Tochter des Patrons im frühern Rechte nicht *ipso iure* zur Succession gekommen sey, dass also das Zwölftafelgesetz, welches sie ja geradezu berief, später aufgehoben, und darauf, als man ihr wieder ein Erbrecht gab, die Fiction nöthig geworden sey, sie solle eben so gut succediren, als wenn sie ein Sohn des Patrons wäre. In welche Zeit fällt nun diese Aufhebung der Zwölftafelbestimmung? Nach Ulpian wohl sicher nicht; denn damals war es nicht mehr im Geiste der Rechtsfortbildung, auf diese Weise zu fingiren. Zwischen Ulpian und der *lex Papia Poppaea* aber auch nicht, weil uns Ulpian den baren Satz der zwölf Tafeln, ohne einer Aufhebung zu gedenken, anführt, und seit der *lex Papia Poppaea* die Rechte der weiblichen Patronatsberechtigten eher erweitert als beschränkt wurden. Also vor der *lex Papia Poppaea* und zwar so, dass diese *lex* selbst etwa den die Zwölftafelbestimmung aufhebenden Rechtssatz wieder cassirt und das ursprüngliche Recht zurückgeführt habe, wird jene Fiction fallen müssen. Von dieser Prämisse ausgehend stellt Unterholzner[15]) folgende Vermuthung auf: Zufolge der durchgängigen Analogie der Agnation und des Patronats sey es sehr wahrscheinlich, dass die Maxime des Voconischen Gesetzes, die Weiber ausser dem nächstmöglichen Grade in der Seitenverwandtschaft von der Succession ganz auszuschliessen, auch auf den Patronat übertragen sey und man hier ebenfalls die Weiber ausser im zweyten Grade von der Succession ausgeschlossen habe. Der zweyte Grad sey aber schon die Patroninn selbst, folglich habe die Tochter des Patrons als im dritten Grade

15) In der Zeitschrift a. a. O. S. 27—42. Eine frühere Meinung, die des *Heinecc. Antiquit.* I, 2, 24. und *Comment. ad l. Iul. et Pap. Popp.* II, 22, 5. p. 355. leitete diese Fiction aus dem Edict des Prätors her, nahm aber auf den Sinn und den historischen Zusammenhang derselben gar keine Rücksicht.

stehend, schon nicht mehr succediren können. Die *lex Papia Poppaea* habe aber diesen Voconischen Grundsatz, wie es scheine stillschweigend [16]), wieder verdrängt und seitdem sey das Zwölftafelgesetz wieder in Kraft getreten.

Diese Art, die Sache aufzuklären ist aber eben so unwahr, wie scharfsinnig. Auch abgesehn davon, dass die ganze Ansicht auf zu vielen unbegründeten Voraussetzungen beruht, auch angenommen, dass die Voraussetzung, der Voconische Grundsatz sey auf diese Art auf die Erbschaften aus Patronatrecht ausgedehnt, nicht viel zu künstlich wäre, so erregt doch Folgendes einen grossen Anstoss: 1) dass die *lex Papia* diesen so wichtigen Satz nicht ausdrücklich enthalten haben, sondern derselbe erst aus viel geringfügigeren Verordnungen derselben gefolgert seyn soll. 2) dass uns Ulpian und Gaius nichts von einer Interpretation der *lex Papia* sagen, sondern sich schlechthin auf die zwölf Tafeln als bis dahin ununterbrochen gültiges Gesetz berufen. Sie kennen also diese Fiction, wonach die Tochter eben so angesehen werden sollte, wie der Sohn, nicht; wie sollte sie Justinian kennen? 3) weist die Stelle aus Justinians Constitution augenscheinlich darauf hin, dass jene Fiction im alten Rechte dazu gebraucht war, den Töchtern des Patrons eine *bonorum possessio* zu verschaffen; nach dieser Ansicht aber hätte ihnen die Fiction zu einer Civil-Erbschaft verholfen.

Nach diesen Einwendungen scheint mir nicht nur Unterholzners Erklärungsversuch verworfen werden zu müssen, sondern ich halte es auch hiernach überhaupt für so gut wie erwiesen, dass die Zwölftafelbestimmung ununterbrochen bis zur *lex Papia Poppaea*, ja bis zu Gaius und Ulpian hin in Kraft gewesen sey. Einen neuen Versuch, Justinians Worte auf etwas Passendes zu beziehn, bis nachher versparend, mache ich jetzt nur von dem eben gewonnenen, in den Quellen begründeten Resultate Gebrauch, dass die Bestimmungen der zwölf Tafeln ununterbrochen bis zur

16) Dieses wird aus *Gai.* 3, 47. gefolgert, wo die Worte: *verba legis Papiae volunt* einen solchen Gegensatz zu fordern scheinen.

*lex Papia* und nach ihr praktisch gewesen seyen und gehe zu den Stellen von Gaius und Ulpian über, welche die neuen Verordnungen der *lex Papia* enthalten.

Nach Ulpian (29, 5) verordnete die *lex*, dass die Tochter des Patrons, wenn sie drey Kinder habe, dieselben *b. possessiones* erhalten solle, welche dem Sohne des Patrons nach dem Edicte schon zustanden, d. h. die *dimidiae partis b. p.* entweder *contra tabulas* oder *contra suos non naturales.* Dasselbe sagte Gaius (3, 46), wie sich jetzt noch aus den Schlussworten der hieher gehörigen Stelle erkennen lässt [17]). Diese Bestimmung der *lex Papia* ist sehr einfach und leicht.

Desto schwieriger scheint dagegen, was Gaius im folgenden §. von dem Falle sagt, wenn die Tochter des Patrons eine Freygelassene mit vier oder mehr Kindern beerben soll. So viel ist offenbar und von Unterholzner erwiesen, dass das Subject hier ebenfalls *patroni filia* sey, wie im vorhergehenden §. Ferner ergibt sich auch der Wortsinn bis *putant* leicht, indem Göschens Ausfüllung der kleinen Lücke mit *non consequitur* wenigstens dem Sinne nach keinen Zweifel hat. Aber folgende Fragen sind desto schwieriger: Worauf beruhte der Streit der Iuristen über diesen Fall? Was heisst: *verba legis Papiae faciunt?* Woher die Verschiedenheit, wenn die *liberta* mit oder ohne Testament starb? Wie kam es, dass bey der Intestaterbfolge die Tochter des Patrons nur einen Kopftheil bekommen sollte, da sie in diesem Falle nach den zwölf Tafeln selbst die ganze Erbschaft erhalten haben würde [18])? Was für Rechte hatte sie, wenn ein Testament gemacht war? In wiefern war die *lex Papia Poppaea* in diesem Theile nachlässig abgefasst?

Ich glaube auf alle diese Fragen eine genügende Antwort geben zu können, sobald mir zwey in der Sache selbst begründete Voraussetzungen zugestanden werden.

---

17) Vgl. Göschens Anm. 12. zu dieser Stelle in der ersten Ausgabe.

18) Bemerkt hat diese Schwierigkeiten auch Gans Scholien zum Gaius S. 358.

Die erste ist diese, dass die *lex Papia Poppaea*, nachdem sie ihre genauen Verordnungen über den Patron und den Sohn des Patrons vorangeschickt hatte, etwa so von der Tochter des Patrons gesprochen habe: *Patroni filia tribus liberis honorata quasi filius esto tantumdemque in liberti libertaeve bonis iuris habeto.*

Die zweite: Dass die *lex* für den Fall, dass die *liberta* ein Testament gemacht hätte, zum Besten der Patroninn und der Tochter des Patrons besonders etwas festgesetzt habe, und wahrscheinlich auch an einem andern Orte, als wo die vorige Bestimmung stand.

Zuerst die Begründung dieser Voraussetzungen, alsdann die Folgerungen daraus. Und zwar beginnen wir mit der zweyten postulirten Voraussetzung.

Wollte die *lex Papia* die weiblichen Patronats-Berechtigten, welche Kinder hatten, besser schützen, als diess bisher geschehn war, so musste ihr kein Fall angelegener seyn, als der, wo der oder die Freygelassene ein Testament machten [19]. Denn das Testiren konnten sie nicht hindern und hatten doch auch gegen ein undankbares Testament nach früherem Rechte gar keine Hülfe. Dass die *lex* nun mit diesem Falle sich besonders beschäftigt habe, dafür liefert uns *Gai.* 3, 50. 52 u. 47. die unmittelbaren Beweise. Nach den zwey ersten Stellen gab die *lex* für den Fall, dass ein *libertus* gestorben war und ein Testament hinterlassen hatte, der freygebornen Patroninn mit zwey Kindern die Edictsrechte, der mit drey Kindern die Rechte des Patrons, der freygelassenen Patroninn mit drey Kindern ebenfalls die Edictsrechte; im Falle aber, dass eine *liberta testata* gestorben war, der Patroninn mit Kindern die Edictsrechte. Nach der dritten Stelle endlich ertheilte sie ausdrücklich auch der Tochter des Patrons für den Fall, dass die *liberta testata* starb, *tale ius*, *quale datum est* ——— Wem? davon nachher. Hier genügt uns, dass wir durch das eben Angeführte

19) Darauf auch der, wenn *sui non naturales* da waren. Allein dieser Fall war nicht so wichtig theils aus andern Gründen, theils auch weil er bey *libertae* nicht vorkommen konnte.

unsere zweyte Voraussetzung wenigstens, wenn nicht erwiesen, doch sehr wahrscheinlich gemacht haben.

Die erste Voraussetzung betrifft an sich blos den Ausdruck, und dass dieser, so wie ich ihn oben angegeben habe, für den Sinn, welchen man wollte, sehr passend gewesen seyn würde, fällt in die Augen [20]). Was war natürlicher, wenn man die Rechte der Tochter des Patrons mit drey Kindern mit denen des Sohnes des Patrons gleich machen wollte, als zu sagen, sie solle so seyn oder angesehn werden, wie ein Sohn des Patrons und dieselben Rechte haben? Ganz ähnlich heisst es ja von der Patroninn, (welche dasselbe Recht haben muss, wie die Tochter des Patrons): *trium vero liberorum iure honoratae ea iura dedit*, *quae per eandem legem patrono data sunt* [21]). Hiermit scheint denn auch die andere Voraussetzung so weit bewiesen, als wir dessen hier bedürfen.

Wir wenden uns nun zu den Folgerungen.

Sagte die *lex:* die Tochter des Patrons solle eben so angesehn werden, wie ein Sohn, so hatte letztere hiernach folgende Rechte:

1) Gegen den gewöhnlichen *libertus* die Edictsrechte (s. oben).
2) Gegen den *centenarius* die papischen Rechte.
3) Gegen die *liberta* die Rechte, welche die *lex Papia Poppaea* dem Patron und dem Sohne des Patrons für diesen Fall ertheilt hatte, d. h. wenn die Freygelassene vier Kinder hätte, so sollte die Tochter des Patrons nun auch einen Kopftheil erhalten. Hier waren aber zwey Fälle zu unterscheiden:
   a) die *liberta* starb ohne Testament, dann erhielt sie den Kopftheil (wie im ersten Abschnitte für den Patron bewiesen worden ist.)

---

20) Auf ähnliche Weise fingirt Tryphoninus, dass ein Sohn des Patrons für keinen solchen zu halten sey. *L.* 23. *pr. D. de iure patron.* — blos um ihm ein gewisses Recht abzusprechen.

21) *Gai.* 3, 50. Vgl. 3, 52. Auch *Ulp.* 29, 4. 5. führt darauf hin, dass die *lex* das Rechtsverhältniss der *patrona trium liberorum iure honorata* so bestimmte, dass sie dieselbe dem *filius patroni* gleichsetzte.

b) sie starb mit Hinterlassung eines Testaments; dann hätte eigentlich dasselbe eintreten sollen; allein für den Fall überhaupt, dass die *liberta* mit einem Testament verstürbe, hatte die *lex* an einem andern Orte speciell gesorgt, indem sie hier der Tochter des Patrons diejenigen Rechte gegeben hatte, deren Bestimmung sogleich versucht werden soll. Daher trat für diesen Fall die generelle Bestimmung nicht ein.

Wir wollen nun hiernach die Worte unserer Stelle einzeln durchgehn und erklären, wobey sich zeigen wird, dass nach unsern obigen Voraussetzungen alle Schwierigkeiten sich leicht und wie von selbst heben.

*Sed ut ex bonis libertae suae* [22]) *quattuor liberos habentis virilis pars ei debeatur, liberorum quidem iure non consequitur, ut quidam putant.*

Einige glaubten, wenn die *lex* sage: die *patroni filia liberis honorata* solle einem *patroni filius* gleich geachtet werden, so sey dieses doch nur von den Edictsrechten und denen gegen den *centenarius* [23]) zu verstehn, nicht auch von dem Rechte, welches der Sohn des Patrons durch die *lex Papia Poppaea* selbst gegen die Freygelassene mit vier Kindern erhalten habe. Sie gebrauchten für diese beschränkende Erklärung wohl vorzüglich diese beyden Argumente: Erstens, jene Rechte des Patrons und seines Sohnes passten gar nicht auf die Tochter des Patrons; denn sie wären dem Patron und dessen Sohne deswegen gegen die *liberta quatuor liberis honorata* gegeben, weil letztere durch ihre vier

22) Eigentlich ist es nicht ihre *liberta*, sondern die *liberta* ihres Vaters. Da nun dieses Wort (*suae*) in der Handschrift nicht deutlich zu lesen war, so zweifelt Unterholzner (a. a. O. S. 40. not. (6.)) an der Richtigkeit dieser Ausfüllung. Allein lassen wir Gaius selbst seinen Herausgeber rechtfertigen. *L.* 58. §. 1. *D. de V. S.* (*Gai. lib.* 24. *ad Edict. provinc.*) *Paternos libertos recte videmur dicere nostros libertos.* Und so schreibt auch in *L.* 47. §. 2. *D. de bon. libert.* der Sohn eines Patrons an seinen väterlichen Freygelassenen so: *Sempronius Zoïlo liberto suo salutem.* — Wollte man übrigens statt *suae* etwas anderes setzen, so würde vielleicht *saltem* den Schriftzügen der Handschrift und dem Sinn entsprechen.

23) Dass diese letzteren Rechte auch zu verstehn sind, folgt aus der Analogie der Patroninn, welche diese Rechte gleichfalls hat. *Gai.* 3, 50. Denn daselbst können unter den *iura*, *quae per eandem legem patrono data sunt*, keine andern als diese verstanden werden.

Kinder der Tutel jener männlichen Patronatsberechtigten entzogen werden sey. Die Tochter des Patrons habe aber nie eine Tutel gehabt, und sey ihr daher auch nie eine solche entzogen worden, folglich sey es der Natur der Verhältnisse ganz zuwider, jenes Recht des Sohnes des Patrons auch auf sie zu beziehn. Zweytens, die *lex* habe muthmasslich die Tochter des Patrons eben so dem Sohne des Patrons gleichgesetzt, wie die Patroninn mit Kindern dem Patron. In dieser letztern Gleichsetzung sey es nun doch ausgemacht, dass die *lex* weder im Falle der Intestat- noch der Testamentserbfolge auch in Rücksicht seiner Rechte gegen die *liberta quatuor liberis honorata* die Patroninn dem Patron gleichgemacht habe[24]). Also werde dieses auch bey jener andern Gleichstellung nicht ihre Absicht gewesen seyn können. — Aber andere Iuristen beriefen sich auf den Buchstaben der *lex;* nähmlich Gaius fährt fort:

*Sed tamen intestata liberta mortua verba legis Papiae faciunt, ut ei virilis pars debeatur.*

*Verba legis faciunt* d. h. nach dem Wortsinn, wenn man jedem Ausdrucke den vollen ihm zukommenden Gedankenumfang gibt — im Gegensatz der *quidam*, welche restrictiv erklärten. — *Sed tamen intestata liberta mortua — ut ei virilis pars etc.* Die *lex* hatte nähmlich zwar allgemein gesagt: die Tochter des Patrons solle in ihrem Successionsrechte dem Sohne des Patrons ganz gleich stehn. Dieses zeigte sich aber hier blos wirksam für den Fall, dass die Freygelassene ohne Testament verstorben war, weil für den andern Fall, wenn sie ein Testament hinterlassen hatte, in der *lex* ausdrücklich etwas Anderes festgesetzt war. Also, sagte man, müsse, wenn die Freygelassene *ab intestato* gestorben sey, nach dem strengen Wortsinne der *lex Papia Poppaea* der Tochter des Patrons allerdings nur ein Kopftheil eingeräumt werden. Führe dieses auf Inconsequenzen, so sey der Gesetzgeber selber Schuld daran. — Ehe ich in der Interpretation weiter gehe, mache ich nur noch auf die neue Bestätigung aufmerksam, welche in diesem Interpretationenstreite

24) *Gai.* 3, 51. 52.

für die oben aufgestellte Meinung liegt, dass der Pflichttheil, welchen die *lex* dem Patron gegen die *liberta quatuor liberis honorata* gab, nach dem Willen der *lex* auch im Falle der Intestaterbfolge das Einzige habe seyn sollen, worauf der Patron und die Patroninn Anspruch machen könnten. Gewiss verfehlten auch die Vertheidiger der wörtlichen Interpretation nicht, darauf hinzuweisen, dass die *lex Papia* dem Patron die *virilis portio* keineswegs blos zu seiner Entschädigung, sondern um ihn überhaupt gegen die Kinder der Freygelassenen so weit zu beschränken, gegeben habe und daher eine Gleichstellung der Tochter des Patrons mit dem Sohne desselben auch in dieser Beziehung durchaus nichts Anstössiges enthalte.

*Si vero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est* —.

Diese Worte enthalten eben das Zeugniss dafür, dass die *lex Papia Poppaea* auf den für die weiblichen Patronatsberechtigten bey weitem gefährlichsten Fall, dass nämlich die Freygelassene mit einem Testament verstorben war, besondere Rücksicht genommen und dafür eine eigene Verordnung gemacht hatte. Was besagte aber diese Verordnung? Mit andern Worten, was ist hinter *quale datum est*, wo unsere Handschrift unlesbar wird, zu ergänzen? Unbedenklich wohl: *patronae liberis honoratae.* Darauf weist hin, theils dass die Rechte der Tochter des Patrons an sich mit denen der Patroninn die grösste Aehnlichkeit, wo nicht Gleichheit haben, theils der Schluss des Satzes: *liberique contra tabulas liberti habent*, welcher ganz zu dem Rechte passt, welches der *patrona liberis honorata* wirklich gegeben war. Denn, wie Gaius sagt (3, 52.): *ei vero,* (*patronae sc.*) *quae liberis honorata sit, hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.* d. h. die Patroninn mit Kindern soll gegen die *liberta testata* das Recht haben, welches dem Patron gegen den *libertus testatus* aus dem Edicte zusteht, die *dimidiae partis contra tabulas b. p.* Dieses Recht ist es also, welches die *lex Papia* auch der Tochter des Patrons gegen die Freygelassene, welche ein Testament gemacht hatte, gab. Noch mehr wird dieses be-

stätigt durch folgende, nicht blos den noch sichtbaren Zeichen der Handschrift, sondern auch dem ganzen Gedankengange der Stelle angemessene Ausfüllung der gegen das Ende des Paragraphen zu befindlichen Lücke:

*quale datum est patronae liberis hono|ratae, ut pinde bp. (i. e. perinde bonorum possessionem) habeat ac virilis sexus patronus liberique contra tabulas testamenti liberti habent.*

Wahrscheinlich hatte die *lex* da, wo die Patroninn gegen die Testamente der *libertae* überhaupt geschützt wurde, noch hinzugefügt: *idemque iuris patroni filia liberis honorata habeto.* Eine Folge davon war, dass wenn eine *liberta* mit Hinterlassung eines Testaments starb, sie mochte so viel Kinder haben, als sie wollte, diese Stelle der *lex Papia Poppaea* zur Anwendung kam und danach die Tochter des Patrons die *dimidiae partis bonorum possessio* erhielt.

*quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.*

Dass dieses in mehr als Einer Beziehung wahr sey, ergibt die Sache selbst. Die erste Nachlässigkeit war die, dass nach den verschiedenen Bestimmungen der *lex* das Recht der Tochter des Patrons und der Patroninn, wenn beyde Kinder hatten, ganz ungleichartig wurde. Diese behielt auch in dem Falle, wenn die Freygelassene vier Kinder und sie selbst gar keine hatte, ihr altes Zwölftafelrecht; die Tochter des Patrons musste sich, auch wenn sie drey Kinder hatte, mit einer Viril-Portion begnügen. Zweytens wurde jene Bestimmung dadurch noch inconsequenter, dass jener Kopftheil doch blos im Falle der Intestaterbfolge geschuldet werden sollte, d. h. in dem Falle, für welchen diese ganze Erfindung der *lex* beym Patrone und dessen Sohne selbst zunächst gar nicht oder doch nicht mehr gemacht war, als für den Fall der Testamentserbfolge. Drittens was die Rechte der Tochter des Patrons und der Patroninn für den Testamentsfall betrifft, so waren auch diese im Vergleich mit den Rechten des Patrons und dessen Sohnes sehr unpassend. Denn jene hatten auch gegen die *liberta quatuor liberis honorata* die *dimidiae partis b. p.*, während letztern in diesem Falle nur ein Kopftheil zugewiesen war. — Auch

zeigte sich ein ähnliches Missverhältniss zwischen Patroninn und Patron, wenn eine Freygelassene mit vier Kindern *ab intestato* gestorben war; denn der Patron musste sich mit dem Kopftheil begnügen, der Patroninn fiel das ganze Vermögen nach den zwölf Tafeln zu [25]).

So, glaube ich denn, sind wir zum vollständigen Verständniss sowohl der Verordnungen der *lex Papia Poppaea* als auch der Stelle des Gaius über die Succession der Tochter des Patrons gekommen. Jedoch wird es nicht überflüssig seyn, die Rechte welche die Patroninn und die Tochter des Patrons nach der *lex Papia* zufolge der obigen Darstellung hatten, in einer kurzen Uebersicht noch einmal zusammenzustellen.

I. Die freygeborne Patroninn mit drey Kindern hatte
  1. gegen den *libertus*
    a) das Zwölftafelrecht;
    b) die Edicts-Rechte;
    c) das papische Recht gegen den *centenarius*.
  2. gegen die *liberta*, einerley wie viel Kinder diese hatte,
    a) wenn sie *ab intestato* starb, das Zwölftafelrecht;
    b) wenn sie mit einem Testament starb, die *dimidiae partis b. p.*

II. Die Tochter des Patrons mit drey Kindern hatte
  1. gegen den *libertus*
    a) das Zwölftafelrecht;
    b) die Edicts-Rechte;
    c) das papische Recht gegen den *centenarius*.
  2. gegen die *liberta*
    a) das Zwölftafelrecht, wenn die Freygelassene weniger als vier Kinder hatte;
    b) wenn dieselbe vier Kinder hatte,
      α. *a testato* die *dimidiae partis b. p.*
      β. *ab intestato* einen Kopftheil.

---

25) *Gai.* 3, 51. bemerkt aber: wenn weder sie selbst noch die *liberta* eine *capitis deminutio* erlitten haben. Hier konnte eine *fiduciaria coëmptio* der Freygelassenen treffliche Dienste leisten. Gegen den Patron half der *liberta quatuor liberis honorata* dieses Mittel nichts (*L. 7. pr. D. de cap. minut.*) und eine andere stand unter seiner Tutel.

Nur einer Erwähnung wird übrigens der Rechtssatz bedürfen, dass die der Tochter des Patrons durch die *lex Papia* ertheilten Erbrechte durch *capitis deminutio* nicht verloren gehn. Wenn daher Terentius Clemens [25*]) sagt:

*Patroni filia, si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum avitorum admittitur.*

so bezieht sich dieses, wie auch aus der Inscription dieser Stelle (*lib.* 10. *ad leg. Iul. et Pap.*) geschlossen werden kann, nicht auf das Zwölftafelrecht, sondern nur auf die papischen Berechtigungen.

## 3.

**Was für eine Fiction ist die von Justinian in seiner Constitution *de iure patronatus* erwähnte, dass die Tochter des Patrons für dessen Sohn angesehn werden soll und woher rührt sie?**

Ich nehme nun eine Untersuchung wieder auf, welche oben aus dem Grunde, weil erst eine richtige Einsicht in die papischen Verordnungen selbst zu ihrer Erledigung führen konnte, ausgesetzt worden ist, nämlich über die *antiqua simulatio et observatio* in Justinians Constitution, zufolge welcher im frühern Rechte die Succession der Tochter des Patrons durch die Fiction, sie sey ein Sohn des Patrons, bewirkt worden sey. — Was Justinian hier meint, ist nichts Anderes, als die Stelle der *lex Papia Poppaea*, worin es hiess, die *patroni filia*, wenn sie drey Kinder habe, solle für einen *patroni filius* gelten und mit ihm gleiche Rechte haben [26]). Dass diese Erklärung in jeder Hinsicht passend sey, lässt sich leicht zeigen. Erstens erhielt die Tochter des Patrons durch diese Verordnung in der That erst ein Erbrecht; denn vorher brauchte die *liberta* nur zu testiren, so war die Toch-

---

25*) *L.* 39. *D. de bon. libert.*

26) Justinian konnte schon dann von einer solchen *simulatio* sprechen, wenn die *lex* auch blos gesagt hatte, die *filia liberis honorata* solle *eodem iure* seyn, *quo filius patroni*. Denn eben so stellte die *lex Iunia* ihre Freygelassenen den *Latini coloniarii* blos gleich und doch sagt Gaius davon, es sey dieses eine *fictio* gewesen. *Gai.* 3, 56. So könnte man auch den Ausdruck *adsimulati sunt* (*Gai.* 1, 21.) rechtfertigen, worüber vgl. Cramer in *Brinkmann. Not. subitan. ad Gai. Inst. l. c.*

ter ihres Patrons ausgeschlossen. Jetzt aber war letztere nicht nur gegen das Testament der *liberta* geschützt, sondern auch ihr Erbrecht im Falle der Intestaterbfolge genauer bestimmt. Dieses geschah ferner durch die *simulatio*, sie sey *patroni filius*, weil nähmlich die *lex Papia* in diesem Ausdrucke ihr diese Rechte gegeben hatte. — Die Erklärung dieser Constitutionsstelle und die des Gaius erläutern und unterstützen sich so gegenseitig. Drittens sagt Justinian zwar nichts von den drey Kindern, mit welchen die Tochter des Patrons nach der *lex Papia Poppaea* zu diesen Rechten habe versehn seyn müssen; aber für seine Zeit auch ganz passend. Denn damals war das *ius liberorum* längst allgemein ertheilt und damit als ein Erforderniss für gewisse Wohlthaten aus dem Rechte herausgeschafft worden [27]). Und dass Justinian von dem bis dahin praktischen Rechte seiner Zeit rede, zeigt der Ausdruck *fingebamus* (*sc. ex lege Papia*). Viertens folgt aus Justinians Worten, dass die durch die Fiction bewirkten Rechte der Tochter des Patrons *bonorum possessiones* waren (*hodie enim et ipsa ad hereditatem vocetur* [28]): *neque vocentur solum bonorum possessionem petentes sed etiam ut legitimi heredes etc.*). Dieses war aber gerade der Fall durch die Fiction der *lex Papia Poppaea*; denn dadurch erhielt die Tochter des Patrons 1) die *b. p. contra tabulas liberti.* 2) *b. p. contra suos non naturales liberti.* 3) war auch höchstwahrscheinlich die Viril-Portion aus dem Vermögen der *liberta* mit vier Kindern als *b. p.* (*ex lege*) gegeben, was wir aber nicht mit völliger Gewissheit wissen [29]). 4) eben so auch der Anspruch auf einen

---

27) *L.* 3. *C. Th. de iur. liberor.*

28) Diese ersten Worte sollen keinen Gegensatz gegen *b. possessio* machen, sondern nur sagen: die Tochter des Patrons solle forthin nicht mehr blos vermöge Fiction sondern aus eigenem Rechte berufen werden.

29) Auch oben, als ich von dem Kopftheil des Patrons sprach, habe ich dieses zweifelhaft gelassen; vielleicht mit Unrecht. Denn die *lex* sagte nach den Berichten von *Gai.* 3, 44. und *Ulp.* 29, 3. zu urtheilen, höchst wahrscheinlich: *pars virilis ei debetor.* Damit ist aber kein civiles Erbrecht ausgesprochen, welches niemals eine Schuld des Nachlasses enthält, sondern es liegt darin eine gesetzliche Anweisung an die *magistratus*, welchen Personen sie das Vermögen des Verstorbenen als Bezahlung einer Forderung derselben im Wege der Execution (*bonorum possessio*) überliefern sollen.

Kopftheil im Vermögen des *centenarius* [30]). Die *b. p. contra tabulas* wenn eine *liberta* mit einem Testamente verstorben war, kam zwar auch aus der *lex Papia*, aber nicht aus dieser Fiction derselben, es sey denn, dass sie so gesagt hätte: *si liberta testamento facto decesserit patrona patronique filia idem ius in bonis ipsius habento, quod virilis sexus patronus liberique ex edicto praetoris contra tabulas liberti habent;* was nach Fassung von *Gai.* 3, 57 u. 52. nicht unwahrscheinlich ist. Endlich erhält auch das Ende unserer Constitution jetzt einen deutlichen Sinn. Danach sollte die Tochter des Patrons die *secundum tabulas b. p.* behalten, wenn sie eingesetzt war: alle übrigen *patronicae bonorum possessiones* aber sollten in Zukunft ruhen. Dieses folgte nämlich geradezu aus der Aufhebung der *Fictiò legis Papiae.* Denn die übrigen patronatischen *b. possessiones* waren eben die obenaufgezählten fünf aus der *lex Papia Poppaea.* Die *secundum tabulas b. p.* kam nicht mit aus der *lex Papia Poppaea*, sondern aus dem allgemeinen Edictsrecht.

Schliesslich bemerke ich noch, dass das Recht, welches Justinian in diesen Theilen seiner Constitution abschaffte, zu seiner Zeit keineswegs noch im ganzen Römischen Reiche galt. Im Westen hatte nämlich eine Novelle Kaiser Valentinians III. vom Jahr 447, welche unter den vorjustinianischen Novellen steht [31]), das Recht der *lex Papia Poppaea* in Beziehung auf die Tochter des Patrons längst abgeschafft. Sie verordnete (§. 4.), dass die Töchter der Patrone gegen ein Testament des Freygelassenen gar keine Rechte haben sollten, und dass, (§. 7.) wenn er *ab intestato* gestorben sey, ihn zuerst seine Descendenten ausschliesslich, in Ermangelung dieser aber seine Ascendenten und Seitenverwandte zur einen, und die Erben des Patrons zur andern Hälfte beerben sollen. Vom *ius liberorum* ist nicht mehr die Rede. Da nun aber diese Novelle nicht nach dem Orient gekommen war, so war hier das in den alten Juristen vor-

---

30) Denn auch davon sagte die *lex: debetor. Gai.* 3, 42. §. 2. *I. de success. libert.*

31) *Novell. Valentin.* III. *lib.* II. *tit.* 25. im *Ius civ. anteiust. Nov.* 68. *Tom.* II. *p.* 1330.

gefundene Recht der *lex Papia* in Beziehung auf die Tochter des Patrons noch das geltende, und **Justinian** mochte zum Theil auch durch die grosse Inconsequenz dieses Rechts dazu bewogen werden, es durch seine Constitution ganz umzuschaffen.

## 4.

## Was für ein Erbrecht gab die *lex Papia Poppaea* den Kindern der Patroninn?

Die Kinder der Patroninn hatten nach älterm Rechte, d. h. nach den zwölf Tafeln und dem prätorischen Edicte ausser einer sehr unbedeutenden *b. p.* gar keine Ansprüche *ab intestato* auf die Erbschaft der mütterlichen Freygelassenen. Denn das frühere Recht knüpfte diese Succession fast durchaus an die Quasi-Agnation des Freylassers mit dem Freygelassenen, welche für die Kinder der Patroninn, weil Weiber die Familie nicht fortsetzen, nicht mehr vorhanden ist. Die *lex Papia* aber, überhaupt das erste Gesetz, welches sich bey der Ertheilung von Erbrechten von dem alten Principe der Familie und Gattung entschieden lossagte, und statt dessen mehr die natürliche Verwandtschaft, jedoch zugleich mit dem Vorzuge, welchen in ihren Augen viele Kinder gaben, zur Bedingung der Successionsrechte machte, fand auch hier eine Gelegenheit, blosse Cognaten, wenn sie sich nur durch Fruchtbarkeit auszeichneten, den Agnaten einiger Maassen gleichzusetzen. Das Erbrecht aber, welches sie demgemäss den Kindern der Patroninn gab, lernen wir genauer erst aus **Gaius** kennen, indem wir früher fast weiter nichts wussten, als dass zur Zeit der klassischen Juristen auch diese Kinder schon ein Erbrecht im Vermögen der Freygelassenen gehabt hätten [32]). **Gaius** spricht [33]), nachdem er das Erbrecht der Patroninn selbst abgehandelt hat, unmittelbar darauf von dem Erbrechte ihrer Kinder, ganz eben so wie er vorher auch nach dem Patron vom Rechte

---

32) *L.* 17. 18. 42. *pr. D. de bon. libert.* Die Erklärung dieser Stellen unten.

33) 3, 53.

der Kinder desselben gesprochen hatte. Seine Worte lauten daselbst nach der ersten und zweyten Ausgabe also:

*Eadem lex Patronae filiae liberis honoratae patroni iura dedit, sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.*

Wörtlich übersetzt würden diese Worte folgendes Erbrecht der Tochter der Patroninn ergeben: „Dieselbe *lex* (*Papia Poppaea*) gab der mit dem Rechte der Kinder versehenen Tochter der Patroninn die Rechte des Patrons; aber bey ihr reicht schon das Recht Eines Sohns oder Einer Tochter hin."

Es ist aber wohl auf den ersten Blick klar, dass die Worte des Gaius, wie sie hier stehn und den angeführten Sinn ergeben, nicht gesund seyn können. Erstens ist es höchst auffallend, dass Gaius blos von der Tochter und nicht auch von dem Sohne der Patroninn spricht, den doch unmöglich die *lex Papia* übersehn haben konnte, zumal da im ganzen Erbrecht in den Gütern eines Freygelassenen das männliche Geschlecht bevorzugt ist. Sodann wäre es unerhört, wenn die Tochter der Patroninn, welcher nach Civilrecht gar kein Erbrecht gegen den Freygelassenen zusteht, dasselbe Recht bekommen sollte, welches der Patron hat, also selbst mehr Recht als ihre Mutter, und zwar so, dass bey ihr schon Ein Kind hinreicht, während doch in der Regel die Weiber drey Kinder haben müssen und nahmentlich die Patroninn und die Tochter des Patrons, die doch obendrein das Patronatsrecht *iure civili* haben, nach derselben *lex* drey Kinder bedürfen, um die Rechte des Patrons zu erwerben [34]). Endlich weisen auch einige Zeichen in der Handschrift darauf hin, dass der jetzt herausgegebene Text nicht vollständig sey.

Das Gewicht dieser Gründe hat auch Unterholzner gefühlt [35]) und daher die Stelle so zu restituiren gesucht:

*Eadem lex patronae filiae liberis honoratae item patronae filio patroni iura dedit. sed in huius persona unius filii filiaeve ius sufficit.*

---

34) *Ulp.* 29, 5. *Gai.* 3, 50.
35) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 45. flg.

Den Sinn dieser Restitution halte ich für richtig, aber nicht die Art, wie er erreicht wird. Doch will ich, ehe ich meine Gründe gegen dieselbe vorbringe, erst meine Meinung aussprechen und befestigen, um alsdann sofort vergleichen zu können. Ich glaube, dass in der Handschrift selbst durchaus nichts fehlt, dass aber nicht Alles, was in derselben steht, in unsern Text gesetzt worden ist. Nähmlich vor *patroni* waren noch zwey Zeichen sichtbar, das eine in den *Schedae* durch einen langen Strich bezeichnet, könnte ein *f*, *p* oder *r* seyn; das andere, durch ein *a* bezeichnet, enthält zwey nebeneinander stehende Striche. Diese Zeichen muss man nun ohne Zweifel: *fil.*, d. h. *filio* lesen [35*]), und danach den Text der Handschrift gemäss so feststellen:

*Eadem lex patronae filiae liberis honoratae, filio patroni iura dedit sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.*

d. h.

Dieselben Rechte (wie der *patrona liberis honorata*, von der eben die Rede gewesen war) hat die *lex* der Tochter der Patroninn, wenn sie mit Kindern versehn ist, dem Sohne derselben aber die Rechte des Patrons ertheilt; beym letztern aber reicht auch schon Ein Sohn und Eine Tochter hin.

Man muss also *eadem*, welches um des Nachdrucks willen voraufgesetzt ist, auf *iura* beziehn und nicht auf *lex*, wozu es einen sehr müssigen Zusatz bilden würde, und bey *filio* ergänzen: *patronae*, welches natürlich nicht hinzugesetzt wurde, weil es erst oben bey *filia* stand, und die Erwähnung der *filia patronae* schon von selbst auf die folgende Erwähnung des *filius* derselben hinweist; *filio* ist aber hier auch wieder vorangestellt, weil auf diesem Worte im Gegensatze zur *filia* in diesem Satze der Hauptnachdruck liegt, eben so wie er im ersten Satze, der zugleich die neue Verordnung

35*) Vgl. den *index siglar. p.* 439. *in fin.* Das Punct hinter dem *l* konnte sich leicht dem Auge entziehn, weil das Wort am Ende einer Zeile steht.

an die zuletzt erwähnte anknüpfen sollte, auf *eadem* lag. In der That sind die Worte so kunstvoll und richtig gestellt, dass jeder, welcher die Bedeutung und Kraft der Wortsetzung zu würdigen weiss, über die Construction des Satzes nicht einen Augenblick zweifeln kann. Lesen wir nun aber so, so verschwinden alle Schwierigkeiten und es entsteht der einleuchtendste Zusammenhang. Erstens spricht nun Gaius sowohl von dem Sohne als von der Tochter; von der Tochter zuerst, weil sich die Bestimmung der *lex* über sie wegen der Gleichheit ihrer Rechte mit denen ihrer Mutter zunächst an den vorigen §. anknüpfen liess. Zweytens werden nun der Tochter der Patroninn nicht mehr Rechte eingeräumt, als der Patroninn selbst, wohl aber eben so viel, und dieses hat eine sehr ansprechende Analogie damit, dass dem Sohne des Patrons auch dieselben Rechte zustehn, wie dem Patrone selbst. Drittens wird nun von der Tochter nicht blos Ein Kind verlangt, sondern eben so viele, wie auch ihre Mutter haben muss. Viertens endlich bekommt nun der Sohn der Patroninn eben so viele Rechte, als der Patron. Dieses mag allerdings noch eine kleine Inconsequenz scheinen. Allein man muss theils den bey dieser Erbfolge überhaupt statt findenden Vorzug des männlichen Geschlechts, theils das noch hinzutretende Erforderniss Eines Kindes in Erwägung ziehn. Durch beydes zusammen kann allerdings wohl der Sohn mehr Rechte bekommen als die Mutter; Geschlecht und Kind machen bey ihm das gleichsam gut, dass er nur von weiblicher Seite abstammt.

Ich komme nun auf den Versuch Unterholzners zurück. Dem Sinne nach führt dieser offenbar ganz auf dasselbe Resultat. Allein theils setzt er gewaltsam mehre Worte in die Handschrift, von denen diese nichts weiss; theils sind auch diese nicht recht passend. Denn *item* weist auf eine gleichartige Bestimmung hin, während in der That eine ganz verschiedenartige folgt; und ausserdem wird durch den ganzen schleppenden Zusatz *item patronae* die Kraft der Gegensätze so gelähmt, dass man nun unmöglich *eadem* anders als zu *lex* beziehn kann, obschon es auch nach dieser Restitution auf *iura* bezogen werden soll.

Eine andere Emendation hat in neuster Zeit Klenze in seiner Ausgabe des Gaius versucht; er liest:

*Eadem lex patronae filio item patronae filiae liberis honoratae patroni iura dedit.*

Aber — um weiter nichts zu erwähnen — wer wollte der *lex Papia Poppaea* eine solche Unbilligkeit oder vielmehr Gedankenlosigkeit aufbürden, dass sie nicht nur den Kindern der Patroninn ohne Unterschied des Geschlechts mehr Rechte als der Patroninn selbst eingeräumt, sondern auch noch von der Tochter zur Erlangung dieser Rechte wider alle Regel nur ein Kind verlangt hätte?

Nach unserer Lesart hat es kein Bedenken, dass unter der *patronae filia liberis honorata* eine Tochter mit wenigstens zwey oder, wenn ihre Mutter eine Freygelassene war, mit drey Kindern zu verstehn sey; denn dieses ist die Zahl von Kindern, welche die *lex Papia* von den Frauen, denen sie die Edictsrechte ertheilt, verlangt [36]). Die Tochter der freygelassenen Mutter ist freylich eine Freygeborne; indessen wäre es doch unbillig gewesen, wenn sie mit weniger Kindern doch die Rechte ihrer Mutter hätte erlangen sollen. Ferner ist nicht zu bezweifeln, dass sowohl diese Tochter mit zwey oder drey Kindern alle Rechte der Patroninn als der Sohn der Patroninn durch Besitz Eines Kindes alle Rechte des Patrons erhielt, weil die *lex* selbst gewiss jene allgemeinen Ausdrücke, mit welchen Gaius ihren Inhalt berichtet, gebraucht hatte. Es scheint daher ganz willkührlich, wenn Förster [37]) das Intestaterbrecht der Kinder der Patroninn auf die aus dem prätorischen Edicte zustehenden Rechte beschränkt. Vielmehr beweist nahmentlich ein civiles Erbrecht des Sohns der Patroninn *L.* 22. *D. de iur. patron.* [38]) eine Stelle, welche in der That blos wegen ihrer Einfachheit den Auslegern Schwierigkeit gemacht zu haben scheint. Der Fall,

---

36) *Gai.* 3, 50.

37) Zeitschr. u. s. w. a. a. O. S. 48. Anm.

38) *Gai. lib. singulari de casibus: Satis constat etiam si in potestate parentis sit filius patronae, nihilo minus legitimo iure ad eum pertinere hereditatem.* Die verschiedenen Meinungen über diese Stelle s. bey Unterholzner a. a. O. S. 44. flg. Er selbst entscheidet sich, obgleich schwankend, für die richtige.

den **Gaius** im Auge hat, ist der, dass ein Freygelassener der Mutter ohne Testament gestorben ist; denn in diesem Falle allein — da die durch das prätorische Edict und die *lex Papia* eingeführten Intestatansprüche des Patrons lauter *bonorum possessiones* sind — hat der Patron und folglich auch der ihm gleichgesetzte Sohn der Patroninn eine *hereditas ab intestato.* Hierbey entstand nun die Frage, und diese ist es, um derenwillen **Gaius** von dem ganzen Falle spricht, ob jenes civile Erbrecht des Sohns der Patroninn auch, wenn er in väterlicher Gewalt stehe, statt finde? Das konnte nähmlich aus mehren Gründen bezweifelt werden, hauptsächlich aber aus folgendem. Zwar hatte die *lex* den Sohn der Patroninn unbedingt dem Patron gleich berechtigt; allein unter den Rechten des Patrons befand sich wenigstens eines von der Art, dass er es entweder gar nicht haben konnte, wenn er unter väterlicher Gewalt stand, oder es verliehren musste, wenn er erst später fremder Gewalt unterworfen wurde: ich meine seine Zwölftafelberechtigung. Da nun der Sohn der Patroninn dem Patron nur gleichgestellt wurde, so schien es consequent, ihm das gedachte Recht nur in dem Falle zuzusprechen, in welchem der Patron auch es haben konnte, d. h. wenn er der Gewalt nicht unterworfen war. Allein man entschied sich dennoch für die entgegengesetzte Meinung, aus dem sehr richtigen Grunde, weil die *lex Papia Poppaea* nach ihrem allgemeinen Principe die Personen individuell und ohne auf ihr Gattungsleben Rücksicht zu nehmen, bezeichnet. *Ex novis legibus*, sagt **Paullus** [39]), *et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem SCta matri et filio.*

Ausser der eben erläuterten Stelle enthalten unsere Quellen noch mehre gewöhnlich ganz übersehene Zeugnisse für das Erbrecht des Sohns der Patroninn, die, da sie durch

39) *L. 7. pr. D. de cap. minut.* Vgl. *L. 11. D. de suis et legit. L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. §. 2. I. de SC. Orphit.* und nahmentlich für die Succession eines solchen, der unter väterlicher Gewalt steht: *§. 2. I. de SC. Tertull. pr. §. 2. I. de SC. Orphit. L. 9. D. ad SC. Tertull.*

die Stelle des **Gaius** erst ihre volle Bedeutung erhalten, jetzt noch zu erklären seyn werden. Zuerst sagt **Ulpian** 40):

*Liberto sine liberis mortuo inprimis patronus et patrona bonorum possessionem accipere possunt et quidem simul: sed etsi patrono et patronae* 41) *proximi sunt aliqui, simul admittuntur.*

und als erläuternd ist eine Stelle von **Paullus** 42) unmittelbar dahinter eingetragen worden:

*Patronae quidem liberi etiam vulgo quaesiti accipient materni liberti bonorum possessionem: patroni autem non nisi iure quaesiti.*

In der ersten Stelle wird mit den Worten *et quidem simul* offenbar ein Fall vorausgesetzt, wo ein Sclav von zwey Herren freygelassen worden war, und nun beyde zugleich *unde legitimi* oder auch zur *dimidiae partis contra tabulas b. p.* berufen wurden; man müsste denn annehmen, was auch wohl anginge, dass **Ulpian** nur das völlige Gleichstehn des Patrons und der Patroninn in dem Edict über die Rangfolge der *b. possessiones* hätte bezeichnen wollen. Was aber die *proximi patroni et patronae* betrifft, so hat es keinen Zweifel, dass darunter nur die Kinder derselben zu verstehn sind, nicht auch ihre übrigen Anverwandten; denn nur jene werden ebenfalls *in primis* (sogleich nach der vorausgesetzter Maassen ausgefallenen Classe *unde liberi*) berufen, nicht auch die Agnaten und Cognaten des Patrons; wie denn auch die darauf folgende Stelle den Ausdruck *proximi* so auffasst. **Ulpian** bezeichnete also die Kinder nur deswegen so, weil er zugleich andeuten wollte, dass sie so wie sie dem Grade nach die nächsten wären, berufen würden. Uebrigens kann der Sinn der Stelle nach der Aufklärung, welche uns **Gaius** gegeben hat, gar nicht verfehlt werden. Die Kinder des Patrons standen von jeher in allen Patronatsberechtigungen dem Patron gleich; die Kinder der Patroninn waren, vorausgesetzt dass sie die gehörige Anzahl von Kindern hatten, wenigstens

40) *L.* 17. *D. de bon. libert.*

41) Die Vulgata und **Haloander** setzen hinzu: *mortuis*, was man aber auch leicht hinzu verstehn kann.

42) *L.* 18. *D. eod.*

in den Erbberechtigungen durch die *lex Papia* entweder dem Patron oder der Patroninn gleichgesetzt worden. Daher hat Ulpian, welcher im Allgemeinen von ihrem Erbrecht redet, allerdings Recht, wenn er sie dem Patron und der Patroninn ganz gleich behandelt. Eine nothwendige Voraussetzung zu dieser Gleichberechtigung fehlt freylich — das *ius liberorum*. Allein, wer kann zweifeln, dass Ulpian dieses ursprünglich wirklich erwähnt, Justinian aber dessen Erwähnung aus dem Grunde habe streichen lassen, weil zu seiner Zeit das *ius liberorum* längst allgemein ertheilt und damit aufgehoben war? — Die Stelle des Paullus bedarf keiner Erläuterung.

Eine dritte Stelle endlich, in welcher auch noch dieses Erbrechts Erwähnung geschieht, ist eine Bemerkung des Paullus zu einer Entscheidung von Papinian. Die ganze etwas schwierige Stelle heisst so:

> *L.* 42. *pr. D. de bon. libert. Papinianus lib.* XIII. *Quaestionum. Filius qui patri heres exstitit, fratrem exheredatum adrogavit: atque ita herede eo relicto defunctus est: bonorum possessionem liberti* [43]) *patris naturalis exheredatus non habebit: nam cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet* [44]) *exheredato: quoniam poena, quae legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non oblitteraretur. Paullus notat: ei, qui alio iure venit, quam eo, quod amisit, non nocet id, quod perdidit, sed prodest, quod habet: sic dictum est patrono eodemque patronae filio non obesse quod quasi patronus deliquit, si ut patronae filius venire possit.*

Ein von seinem Vater zum Erben eingesetzter Sohn hatte seinen Bruder, der vom Vater enterbt war, arrogirt, starb und hinterliess diesen seinen Bruder und Sohn als *suus heres*. Jetzt stirbt ein Freygelassener des Vaters der beyden Brüder und es fragt sich, ob der enterbte Sohn die *dimi-*

---

43) So lesen offenbar richtig die Vulgata u. Haloander. Die florentinische Leseart ist: *bonorum posscssione libertum*, was man in so vielen Ausgaben wohl deshalb beybehalten hat, weil man die Stelle doch nicht verstand.

44) Haloander liest *debet et exheredato*, was verwerflich und wahrscheinlich blosse Conjectur ist.

*diae partis c. t. b. p.* erhalten könne? Für die Bejahung dieser Frage schien angeführt werden zu können, dass wenn auch der enterbte Sohn als solcher durch das Edict ausgeschlossen wäre, er doch auf anderm Wege, nähmlich als nicht enterbter Sohn des Sohnes des Patrons zugelassen werden müsste. Allein Papinian entscheidet sich für das Gegentheil. Denn, sagt er *cui non exheredato talis adoptio noceret, nocere debet exheredato.* Diese Worte, so wie sie dastehn und in allen Manuscripten, so viel ich weiss, gelesen werden, sind ganz sinnlos [45]). Offenbar ist vor *noceret* ein *non* ausgelassen, durch dessen Wiedereinsetzung wir folgenden die Sache genau erschöpfenden Grund angegeben erhalten: „denn wem, wenn er nicht enterbt wäre, eine solche Adoption nicht schaden würde, dem muss sie schaden, wenn er enterbt ist: indem die Strafe, welche durch Gesetze oder Edict verhängt wird, durch die blosse Adoption

---

45) Dieser Meinung ist auch *Cuiac. Observ.* 1, 38., welcher aber sagt: *Quis vero est, qui non videat, hoc potius ordine verba esse componenda: Nam cui non adrogato talis exheredatio noceret, nocere debet adrogato.* Eine über die Maassen kühne Emendation, die ohnehin nur einen sehr matten Sinn gibt und das, worauf es ankommt, gar nicht trifft. Ueberhaupt hat Cuiacius das ganze Recht des Sohnes des Patrons nicht eingesehn. Er fährt nähmlich nach obigen Worten fort: *Id enim ea verba quae sequuntur: Quoniam — oblitteraretur exigunt. Tum vero illud constat, filio solam adrogationem in iure patronatus nihil nocere; l. si libertus praeterito. D. de bon. libert. l. sed si hac leg. §. patronum. D. de in ius voc.* Letztere Behauptung ist nähmlich offenbar falsch, wenn sie auf das Recht vor der *lex Papia Poppaea*, wovon hier die Rede ist, gehn soll, indem der Sohn des Patrons durch *capitis deminutio* das Civilrecht verliehrt, und durch Arrogation, weil er durch diese willkührlich seine Familie aufgibt und daher keine Hülfe verdient, auch die *contra tabulas b. p.* nicht behält. Auch sind die beyden angeführten Stellen falsch von Cuiacius verstanden. Die erste (*L.* 23. *pr. D. de bon. libert.*) wird anderwärts unten erklärt werden. Die zweyte (*L.* 10. §. 2. *de in ius voc.*) geht auf einen natürlichen Ausfluss des Patronatrechts, der durch *capitis deminutio* nicht zerstört werden kann. Der wahre Grund, weshalb die bisherige Lesart falsch seyn muss, ist dieser: Nach derselben wäre der Sinn jenes Satzes: „Wem als nicht Enterbten schon eine solche Adoption schaden würde, dem muss sie um so viel mehr als Enterbten schaden.“ Es ist aber gar nicht wahr, dass diese Adoption, wenn man nicht enterbt ist, schade; vielmehr würde das nur eine Adoption von Seiten eines *extraneus* thun. Diese hier führt aus der Familie des Erblassers gar nicht heraus, und der Adoptirte verliehrt daher, wenn er nicht auch noch enterbt wird, seine Rechte durch sie gar nicht. Ist nun aber jener Vordersatz falsch, so fällt damit auch das Ganze als etwas ganz Unpassendes zusammen.

nicht wieder ausgelöscht werden kann." Um jedoch diesen Grund zu verstehn, müssen wir Folgendes, was nicht jedem gleich gegenwärtig seyn möchte, vorausschicken. Das prätorische Recht hatte die *dimidiae partis b. p.* der Patrone gegen die Freygelassenen, welche mit *sui non naturales* oder einem Testament verstarben, als ein Surrogat der früher gewöhnlichen *societas omnium bonorum* des Patrons mit dem Freygelassenen eingeführt, und ertheilte sie ausser dem Patrone selbst auch denjenigen, welche überhaupt ausser ihm auf die Patronatsrechte Anspruch hatten, d. h. allen zu seiner Familie gehörigen Descendenten, jedoch so, dass theils hier, wie in den gewöhnlichen *b. possessiones contra tabulas* und *unde liberi*, das civilrechtliche Kindesverhältniss zum Patron nach der Billigkeit bestimmt, und also die willkührliche Aufhebung desselben als nicht geschehn betrachtet wurde, theils dass die nahmentliche Enterbung diese *b. p.* eben so wie die gewöhnliche *contra talubas b. p.* ausschloss. Demgemäss hatte nun ein in die Adoption gegebener Sohn des Patrons diese *dimidiae partis b. p.* nicht; denn durch die Adoption verlohr er zwar sein civiles Kindesverhältniss in der vorigen Familie, aber nicht das civile Kindesverhältniss überhaupt, welches ja für ihn in der Adoptivfamilie in demselben Augenblicke wieder entstand, in welchem es in der ursprünglichen Familie aufhörte. Nur sobald er in der Adoptivfamilie auch wieder emancipirt wurde, war er für seine ursprüngliche Familie in demselben Verhältnisse, wie ein Emancipirter, und hatte daher auch wieder die *contra tabulas b. p.*[46]). In Einem Falle aber schadete dem Kinde die Adoption für die Berufung zur *contra tabulas b. p.* in der väterlichen Familie doch nichts, obgleich das Kindesverhältniss in der Adoptivfamilie noch fortdauerte, alsdann nähmlich, wenn es von seinem Bruder oder Vatersbruder sich adrogiren liess (eigentliche Adoption wäre in diesem Falle nicht denkbar), in welchem Falle es ja eigentlich nur seine bisherige Stellung in der väterlichen Familie, nicht die Familie selbst, verliess. Es würde also in diesem Falle zwar

---

46) *L. 6. §. 4. D. de bon. poss. contr. tab.*

durch seinen Adoptivvater, wenn dieser noch lebte, von der *dimidiae partis b. p.* ausgeschlossen werden, weil es seine Stelle als Sohn des Freylassers verlohren hatte, aber nicht von dieser *b. p.* überhaupt, und sie allerdings annehmen können, wenn sein Adoptivvater durch frühern Tod ihm im Wege zu stehn aufgehört hätte [47]). Hinsichtlich der Wirksamkeit der nahmentlichen Enterbung nach prätorischen Grundsätzen ist das noch zu bemerken, dass diese eben so entschieden die natürlichen Kindesberechtigungen auf das Familienvermögen zerstöhrt, wie diese ohne die Enterbung ohne alle Rücksicht auf das wirklich vorhandene civile Kindesverhältniss statt finden. — Nun ist der Gedankengang Papinians dieser: dem enterbten Sohne des Patrons wird durch die Adoption von Seiten seines Bruders der Weg zur *dimidiae partis b. p.* deswegen nicht wieder eröffnet werden, weil, wem eine solche Adoption, wenn er nicht enterbt wäre, nicht schaden würde, dieselbe umgekehrt schaden muss, wenn er enterbt ist. So wie nähmlich jene Adoption zum Vortheile des Sohnes (d. h. wenn er nicht enterbt ist und deshalb die *b. p.* insofern in der väterlichen Familie für ihn eintritt) ihn nicht aus der väterlichen Familie herausbringt, so muss sie ihn auch zum Nachtheil desselben (d. h. wenn er in der Familie enterbt ist und deshalb die *b. p.* für ihn nicht eintritt) in derselben lassen; man kann für diesen letzten Fall ebensowenig annehmen, dass der Adoptirende als *eiusdem familiae* nicht gelte, und der Adoptirte sein Sohn werde, ohne zugleich Kind des Patrons zu bleiben, als für den ersten Fall der Bruder für einen *non extraneus arrogator* gilt und dem Arrogirten seine väterliche Familie erhält. Die Strafe also, welche nach Gesetzen oder Edict den Sohn durch die Enterbung trifft, kann durch die Arrogation, welche hier keine wahre Umwandelung der Familie begründet, sondern formell wirkt (*adoptionis remedio*) nicht wieder ausgelöscht werden. — So weit Papinian.

---

47) Vgl. *L.* 3. §. 7. 8. *D. de. bon. poss. cont. tab.* Wäre es von seinem Bruder vor dem Tode des Freygelassenen wieder emancipirt worden, so könnte es die *b. p.* mit seinem Bruder zusammen verlangen.

Paullus billigt die gewiss auch unwiderlegbare Entscheidung des Papinian, doch macht er noch einen Zusatz zu derselben, um sie vor einer falschen Anwendung zu bewahren. Wenn der andere Grund, sagt er, aus welchem Jemand zur Succession berufen wird, nicht mit unter dem zerstöhrenden Einflusse des Umstandes steht, der den ursprünglichen Successionsgrund aufhob, so wird einem solchen Erben das, was er verlohr, nicht schaden, sondern das, was er hat, nützen; z. B. wenn Jemand mit seiner Mutter zusammen einen gemeinschaftlichen Sclaven freyliess und nachher durch irgend ein Vergehn, vielleicht weil er dem Freygelassenen die Alimente verweigerte [48]), sich seines Erbrechts als Patron verlustig machte, so wird er doch noch als Sohn der Patroninn zur Erbschaft gelangen können, denn als Sohn der Patroninn hatte er keine Verpflichtung zur Alimentation des Freygelassenen, und verging sich daher auch gegen denselben als solcher nicht.

Das Erbrecht nun, welches Paullus in diesem Beyspiele dem Sohn der Patroninn zuschreibt, ist offenbar kein anderes, als das ihm von der *lex Papia Poppaea* ertheilte Recht des Patrons, in welchem auch die *contra tabulas dimidiae partis b. p.* enthalten ist. Dieses wird auch dadurch bestätigt, dass Paullus sich so ausdrückt, als wenn dieses Erbrecht kein in jedem Falle ausgemachtes sondern nur ein mögliches sey (*si ut patronae filius venire possit*); denn damit zielt er ohne Zweifel auf das *ius liberorum*, welches die *lex Papia Poppaea* beym Sohne der Patroninn noch zur Bedingung seiner Gleichstellung mit dem Patron gemacht hatte.

---

## Zweyter Aufsatz.

## Von der *bonorum civis Romani liberti intestati possessio quinto gradu.*

Starb ein *libertus civis Romanus* ohne Hinterlassung eines Testaments, so berief der Prätor folgende Personen in folgender Ordnung zu seiner Hinterlassenschaft:

---

48) *L. 33. D. de bon. libert. L. 6. pr. D. de agnosc. et alend. lib.* Der Titel *de bonis libertorum* enthält mehre solche Ausschliessungsgründe.

I. *Unde liberi*, die Kinder und die *uxor in manu* des Freygelassenen, die erstern im prätorischen Sinne des Worts.

II. *Unde legitimi*, d. h. alle diejenigen, welche den Freygelassenen nach Civilrecht beerbten, also folgende drey Classen von Personen:

1. Wenn der Erblasser ein Freygelassener war, die *sui;* war es eine Freygelassene, die Kinder derselben nebst einigen andern Personen *ex SCto Orphitiano.*
2. Der Patron und die Patroninn nebst deren Kindern, insoweit sie Anspruch auf die Patronatsrechte haben.
3. Die Gentilen.

III. *Unde cognati*, d. h. die blutsverwandten Descendenten des Erblassers.

IV. *Tanquam ex familia*, d. h. Patron, dessen Kinder, Agnaten und Gentilen (s. die folgende Abhandlung).

V.

VI. *Unde vir et uxor*, d. h. der überlebende Ehegatte.

VII. *Unde cognati manumissoris*, d. h. die natürliche Familie des Freylassers.

Wir haben in dieser kurzen Uebersicht die fünfte Classe leer gelassen, eben weil die Bestimmung der Personen, welche an dieser Stelle berufen wurden, Gegenstand dieser Abhandlung seyn soll.

Das Sinnreichste und Durchdachteste, was über diese so streitige Classe bis jetzt geschrieben worden ist, ist bekanntlich ein Aufsatz von Göschen in Hugos Civilistischem Magazin B. IV. S. 299—355. Göschen hat in diesem Aufsatze seine Meinung mit so viel Scharfsinn und Umsicht durchzufechten versucht, dass gewiss jeder nach der ersten Lesung sie als wahr anzunehmen sich geneigt fühlen wird. Allein eben so gewiss wird man auch, wenn man das Resultat seiner Meinung unbefangen prüft, eine Art von Misstrauen gegen die Richtigkeit desselben spüren, welches durch die schwer zu versteckende Inconsequenz desselben bewirkt wird. Daher wird es nicht von vornherein für verlohrene Mühe geachtet werden, wenn ich diesem Erklärungsversuche einen andern entgegensetze, dessen Resultat sich von allen Seiten durch Consequenz und Einfachheit empfiehlt.

Die ganze Untersuchung beruht im Grunde auf der Erklärung von einigen Stellen; weil diese aber, wenigstens diejenigen unter ihnen, welche wirkliche Auctorität für uns haben müssen, von Männern herrühren, die im vollen Bewusstseyn einer damals allbekannten Sache schrieben, und daher sich so kurz ausdrückten, dass, wenn man blos grammatisch erklären will, mehre Auslegungen möglich scheinen, so wird es gerathen seyn, bevor wir die verschiedenen Interpretationen versuchen, erst aus der Natur der Sache zu erforschen, welche Personen wohl consequenter Weise in dieser Classe hätten berufen werden müssen — ein Verfahren, welches, mit der gehörigen Sicherheit und Sachkenntniss unternommen, in dem so naturgemäss ausgebildeten Römischen Rechte fast immer zum Ziele führt, und in diesem Falle noch das Präjudiz für sich hat, dass wir durch dasselbe zum Theil zu demselben Resultat gelangen, welches Göschen und früher auch Hugo zu ihrer Meinung veranlasst hatte.

Auch in der im Vermögen des Freygelassenen vom Prätor eingeführten Erbfolge ist das Bestreben sichtbar, dafür zu sorgen, dass möglichst wenig Bürger ohne einen bestimmten Nachfolger im Vermögen sterben. Der Prätor sucht daher alle möglichen Verhältnisse auf, welche nach der vom Civilrecht selbst gutgeheissenen Billigkeit einen Anspruch auf die Beerbung des Freygelassenen zu geben scheinen und knüpft daran die Berufung zu einer *bonorum possessio*. Diese Verhältnisse sind aber von doppelter Art; entweder stehn die berufenen Personen in unmittelbarer Verbindung mit dem Freygelassenen — dahin gehören die erste, zweyte, dritte und sechste Classe — oder sie stehn mit dem Patron desselben in einer nahen Berührung — dahin gehören die vierte und siebente Classe. Was jene ersten betrifft, so lehrt ein flüchtiger Ueberblick, dass alle möglichen unmittelbaren Verhältnisse zur Person des Freygelassenen, welche nur irgend einen natürlichen Anspruch auf die *b. p.* geben können, erschöpft sind. Denn es werden berufen die Kinder, der Patron und die Gentilen, die Cognaten, der Ehegatte. Wie aber mit der andern Art? Hier werden in den angeführten Classen blos berufen, wer aus der Familie des Patrons den ersten Anspruch hat, und die Cogna-

ten des Patrons. Unter jenen sind freylich seine Kinder und Agnaten mit begriffen; allein dennoch bleibt im Vergleich mit der ersten Art von Successionen ein doppeltes Verhältniss übrig, auf welches der Prätor, wie es scheint, hätte Rücksicht nehmen müssen, das Patronatsverhältniss zum Patron, wenn letzter auch wieder ein Freygelassener war, und die Ehe des Patrons. Was nun die letzte betrifft, so kann es dahin gestellt bleiben, ob sie der Prätor hier berücksichtigte; denn sie ist eigentlich gar keine Verwandtschaft, und selbst beym Freygelassenen legte der Prätor schon so wenig Werth auf dieselbe, dass er die Ehegatten erst in der sechsten Classe berief. Ganz anders mit dem Patronatsverhältnisse. Die Patronatsberechtigten des Patrons haben ganz dieselben Ansprüche auf die Erbschaft des Freygelassenen des letztern, wie die Agnaten des Patrons, wenn dieser kein Freygelassener war, weil Patronat beym Freygelassenen, und Agnation beym Freygebornen fast im ganzen Rechte gleichgeltende Verhältnisse sind. Dieses Verhältniss konnte also im prätorischen Edicte unmöglich übergangen werden. Ja selbst der Ort, wo der Prätor die Patronatsberechtigten des Patrons berufen musste, lässt sich hiernach genau bestimmen, nämlich eben da wo die Agnaten eines nicht freygelassenen Patrons berufen wurden. Da dieses nun in der vierten Classe geschah, und die fünfte eben noch zu besetzen ist, so können wir nach dieser allgemeinen Betrachtung nicht zweifeln, dass diese fünfte Classe eben den Patronatsberechtigten des Patrons anzuweisen sey, so dass also diese Classe mehr statt einer besondern Unterart der Personen der vierten ergänzend eingetreten, als auf dieselbe gefolgt zu seyn scheint. Da übrigens der Patron des zu beerbenden Freygelassenen auf doppelte Weise ein Freygelassener seyn kann, entweder nämlich *e mancipio* bey Gelegenheit der Emancipation oder *ex servitute*, so ist der Patronatsberechtigte desselben entweder sein Vater oder sein gewesener Herr und dessen Kinder. Dadurch würden also noch zwey Unterclassen der fünften Classe entstehn, welche alternativ einträten. — Dieses ist es nun, was die Natur der Sache für die fünfte Classe zu ergeben scheint. Wir wenden uns jetzt zu den Stellen, welche von dieser Classe reden.

Diese Stellen sind folgende:

*Ulp.* 28, 7. (nach dem Text im *ius civile anteiust.*) ... *quinto* (*gradu*) *patrono patronae, item liberis patroni patronaeve.*

*LL. Mosaic. et Roman. Collat.* 16, 9. (*Ulp.*) *Post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronae.*

§. 3. *I. de bon. possess.* (3, 9. [10.]) *Quinto* (*gradu*) *tanquam ex familia. Sexto patrono patronaeque liberisque eorum et parentibus* — — — §. 5. *et octavo unde patroni patronaeque et parentes eorum.*

Theophilus zu diesen beyden Institutionenstellen.

Die ausführlichste unter diesen Stellen ist die des Theophilus zu §. 3. *I. t. c.* Ausgehend von den Worten der Institutionen erklärt er diese Classe so. Hier wären berufen worden der Patron des Verstorbenen und die Kinder und Eltern (d. h. der Vater oder väterliche Grossvater) des Patrons; diese *b. p.* sey daher blos *utilis* nicht eine *necessaria*, wie die Neuern sich ausdrücken, gewesen, d. h. es seyen in derselben nur solche Personen zur Succession gekommen, welche in frühern Classen auch schon einmal gerufen gewesen wären; der Patron und seine Kinder in der ersten, zweyten und vierten Classe und die Eltern in der vierten Classe. — Die grosse innere Unwahrscheinlichkeit dieser Darstellung des Theophilus und ihr Widerspruch gegen Ulpian sind schon von Göschen hinlänglich dargethan worden. Auch kann Theophilus an sich schon aus dem Grunde keine Beachtung verdienen, weil in Justinians Institutionen selbst erklärt wird, man habe zu jener Zeit diese Classe gar nicht mehr begreifen können [1]). Da nun Theophilus blos die Institutionenstelle erklärte, so scheint es, dass auch diese auf ein vollgültiges Zeugniss für diese Classe keinen Anspruch machen könne. Und so bleiben uns also nur die beyden Stellen von Ulpian; allein auch diese schwinden bey näherer Betrachtung wieder zu einer einzigen zusammen. Denn eine Vergleichung beyder Stellen lehrt, dass beyde fast buchstäblich gleichlautend sind, und nur

1) §. 4. *I. de bon. possess.*

in der Stelle aus den Fragmenten ein Wort durch offenbaren Fehler des Abschreibers weggelassen ist, welches unten auch ergänzt und damit diese Stelle des Ulpian geheilt werden soll. Alles kommt demnach auf die Stelle aus der *Collatio* an.

Diese construirt nun Göschen so, dass die beyden Genitive *patroni et patronae* von allen einzelnen voraufgehenden Accusativen regiert werden. Dadurch gewinnt er folgende Personen für diese Classe:

1) *patronus et patrona patroni et patronae;* der Patron des Patrons.
2) *liberi patroni et patronae;* die Kinder des Patrons des jetzt zu beerbenden Freygelassenen (ersten Patrons).
3) *parentes patroni et patronae;* Vater und Mutter des Patrons des jetzt zu beerbenden Freygelassenen (ersten Patrons).

Betrachten wir die Personen dieser drey Unterclassen der fünften Classe etwas näher, so finden wir unter ihnen zuerst den Patron des Patrons; dieser wird hier zum ersten Male berufen. Nach diesem kommen die Kinder des ersten Patrons. Hier springt also das Edict vom zweyten Patron wieder ab und beruft Personen, welche schon in drey Classen berufen gewesen sind [2]). Endlich stossen wir auf die Eltern des Patrons. Dieser Theil bezieht sich nach Göschens Erklärung auf den Fall, wo der erste Patron selbst freygelassen ist, aber nicht aus der Sclaverey, sondern aus dem Mancipium von seinem Vater, so dass hier ebenfalls der Freylasser des Freylassers berufen wird. *Parentes* aber sagt das Edict, weil es auch die Mutter mitbegreift, welche nach dem *SC. Tertullianum* gleiches Recht mit dem Vater hat.

Wenden wir uns nun zur Widerlegung dieser Interpretation, so lässt sich freylich von Seiten der Grammatik und der Lehre von der Wortfügung nichts dagegen einwenden [3]). Desto mehr aber von Seiten des innern Zusammenhanges und der

---

2) Nämlich auch in der *Tamquam ex familia*, was Göschen ohne Grund läugnet.

3) Dass aber unsere später aufzustellende Erklärung mehr für sich habe, und gewisser Maassen nothwendig sey, wird nachher gezeigt werden.

Consequenz der Rechtssätze, welche das Resultat dieser Interpretation sind. Die Personen der ersten und dritten Unterclasse nach dieser Erklärung lassen im Allgemeinen keinen Tadel zu; vielmehr finden wir soweit vollkommen das in der Stelle von Ulpian, was wir als Inhalt derselben aus Gründen *a priori* oben schon wahrscheinlich gemacht haben: Succession des Freylassers des Patrons; und zwar mit Berücksichtigung zweyer Fälle, welche nothwendig geschieden werden mussten, des Falles, wo der Patron des Verstorbenen ein *e servitute manumissus* und des Falles, wo er ein *e mancipio manumissus* ist. — Desto mehr Anstoss erregt aber die mittlere Unterclasse, wo die Kinder des ersten Patrons gerufen werden. Gegen diese drängen sich vorzüglich folgende Zweifel auf:

1. Wie in aller Welt kommen in diese Classe, welche den Patron des Patrons ruft, wieder die Kinder des ersten Patrons? Durch die Dazwischenkunft dieser letztern verliehrt diese Classe wieder alle Haltung, und es trifft sie daher derselbe Vorwurf, welcher der Erklärung des Theophilus gemacht ist, nur noch in einem erhöheten Grade. Denn beyde Erklärungen müssen zugeben, dass in dieser Classe wieder hauptsächlich — nicht blos folgeweise — Personen zur Succession berufen werden, die in frühern Classen schon vorgekommen sind, was in sich selbst unbillig und in der ganzen Succession der *b. possessiones* beyspiellos ist. Ausserdem aber mischt die Göschensche Erklärung diese Personen noch mit neuen, wird also in sich selbst auch noch inconsequent, während Theophilus wenigstens alle seine Personen solche seyn lässt, die aus blosser besonderer Begünstigung vom Prätor noch einmal zur *b. p.* zugelassen werden, obgleich ihnen schon mehre Male angeboten ist.

Göschen sucht sich gegen diesen ersten Vorwurf, den er sich selbst gleich machen musste, so zu verwahren. Die Kinder des ersten Patrons würden in dieser Classe deswegen auch berufen, weil sie in der vorigen nicht mit vorgekommen wären. Denn die vierte Classe berufe die *familia patroni* blos in dem Falle, dass der Patron nicht selbst freygelassen sey; ein *patronus manumissus* könne auch keine *familia* haben, weil er entweder als bisheriger Sclav nie Agnaten gehabt, oder als

*emancipatus* sie durch *capitis diminutio* wieder verlohren habe. Damit nun aber die Kinder eines solchen Patrons nicht um diese Succession kommen sollten, habe sie der Prätor in dieser Classe speciell aufgeführt, in welcher er überhaupt den Fall eines freygelassenen Patrons abgehandelt habe.

Hierauf aber ist zu erwidern: Erstens, es ist durchaus unerwiesen und höchst unwahrscheinlich, dass die Kinder eines freygelassenen Patrons in der vierten Classe *tanquam ex familia* nicht succedirt wären. Das Gegentheil davon wird selbst in der folgenden Abhandlung vollständig erwiesen werden. Hier möge darüber vorläufig Folgendes genügen. *Familia* begreift nicht blos die eigentlichen Agnaten in sich, sondern auch die civilrechtlichen Descendenten und zwar diese zunächst [4]). Eine Stelle, in welcher *familia* die Agnaten mit Ausschluss der Descendenten bedeutete, wird sich schwerlich nachweisen lassen. Dagegen aber werden unter dem Ausdruck *agnati* immer die *sui* als die ersten derselben mit verstanden [5]). Wie wäre es also möglich, dass, wenn *familia* berufen wird, die civilrechtlichen Kinder eines freygelassenen Patrons darunter nicht auch mit begriffen seyn sollten? Diese Unmöglichkeit lässt sich auch so noch darthun: der Patron selbst, welcher freygelassen war, succedirte unbezweifelt in der vierten Classe; war dieses aber der Fall, so musste um so viel mehr auch seine *familia* ebendaselbst succediren; denn, wie ausdrücklich bemerkt wird, ist es nur eine Ausdehnung des Begriffs, wenn unter *familia* auch der *auctor familiae* mitverstanden wird [6]). — Dieser Vorwurf steht also unerschüttert fest.

2. Aber auch angenommen, dass gegen die Kinder des Patrons in dieser Classe nichts einzuwenden wäre, wie kommt es, dass ihr Vater selbst, der erste Patron, der ihnen doch auf jeden Fall noch vorgeht, nicht mit genannt ist? Göschen antwortet: weil dieser schon in der vierten Classe vorkam, welche unserer fünften coordinirt war; oder man müsse ihn hier als stillschweigend mitzuverstehen ergänzen. —

---

4) *L.* 195. §. 2. *D. de V. S.*

5) *L.* 12. *D. de suis et legit. L.* 10. §. 3. *D. de gradib.*

6) *L.* 196. *pr. D. de V. S.*

Allein im ersten Falle geht die ganze angenommene genaue Abtrennung der vierten und fünften Classe verlohren, auf der die ganze Göschensche Ansicht begründet ist, dass nämlich erstere durchaus blos den Fall eines *patronus non manumissus*, letztere den eines *manumissus* betroffen habe. Denn dann steht ja doch der *patronus manumissus* selbst in der vierten Classe, da er nach jenem Principe in die fünfte gehören würde; und welche Zerreissung zusammengehöriger Personen würde es auch seyn, wenn der Vater selbst, der doch nur ausdehnungsweise zur Familie gehört, und nicht um sein selbst, sondern um der ganzen Familie willen berufen wird, in der vierten Classe, der übrige eigentlichere Theil der Familie dagegen, seine Kinder, in der fünften ständen? Die zweyte Ausflucht, nach welcher der Patron mit in der fünften Classe stehen und in Ulpians Worten unter *liberi patroni* mitverstanden werden soll, hat selbst noch weniger Schein; denn wer wird je, wenn er sagen will: der Patron und seine Kinder succediren, sich so ausdrücken: die Kinder des Patrons succediren, also die Person weglassen, durch welche allein die genannten Personen succediren können?

3. Von den beyden vorigen Einwendungen abgesehn und angenommen, dass wirklich die Kinder des Patrons deswegen in die fünfte Classe gesetzt wären, weil sie die vierte Classe übergangen hätte, so würde nun im Falle, dass der zu beerbende Freygelassene einen *patronus libertus* gehabt hätte, die Successionsordnung der Personen, welche in dieser Classe stehn, untereinander folgende seyn:

a. *patroni patronus.*

b. *patroni liberi* (*et ipse patronus*).

Denn in dieser Folge werden uns in beyden Stellen des Ulpian die Personen der fünften Classe aufgeführt. Hiernach käme also der *patroni patronus* früher als der Patron selbst mit seinen Kindern. Dieses hat aber Göschen selbst so unerträglich geschienen, dass er geradezu die umgekehrte Ordnung annimmt. Das aber auch geradezu gegen die Worte des Ulpian; und wie konnte dieser so schreiben, wenn er die entgegengesetzte Ordnung meinte? — Göschens Ver-

suche, dieses zu erklären, sind in der That zu unbedeutend, als dass sie einer Widerlegung bedürften.

4. Nach Göschens Erklärung der Worte des Ulpian liegt in denselben eine so auffallende Vermischung der beyden Fälle, welche die fünfte Classe umfasst, dass sich Ulpian unmöglich so ausdrücken konnte. Diese beyden Fälle sind: entweder ist der freygelassene Patron ein *libertus* oder ein *emancipatus*. Natürlich hätte Ulpian diess gehörig scheiden müssen. Wie aber führt er sie an? „Der Patron, die Kinder und die Eltern des Patrons." Hierin bezieht sich der Patron auf den Fall des *patronus libertus*, die Kinder und Eltern aber beziehn sich theils (die Kinder nähmlich) auf den Fall des *patronus libertus*, theils (die Eltern nähmlich) auf den Fall des *patronus emancipatus*. Wenn man aber die Kinder und Eltern Jemandes anführt, so versteht man unter dem Jemand natürlich denselben Menschen. Also müsste man, wenn Göschens Erklärung richtig wäre, Ulpian auch in dieser Beziehung wieder einer unbegreiflichen Verwirrung in der Darstellung beschuldigen.

Da die vorstehenden Gründe mehr als hinlänglich zu seyn scheinen, die Göschensche Ansicht zu widerlegen, so wende ich mich jetzt zur Aufstellung einer neuen Meinung, welche mir den Worten unserer Stelle nicht weniger angemessen, zugleich aber von allen jenen Vorwürfen frey zu seyn scheint.

Betrachtet man die Worte unserer Stelle etwas genauer, so lassen sie ganz ungezwungen auch folgende Erklärung zu:

„Nach der Familie des Patrons beruft der Prätor den Patron und die Patroninn, desgleichen deren Kinder, und die Eltern des Patrons[7])."

7) Die Göschensche Erklärung dieser Worte scheint so natürlich und doch ist es merkwürdig, dass in einer andern Stelle des Ulpian fast ganz dieselben Personen und in derselben Verbindung erwähnt werden — aber in einem ganz andern Sinn, als welchen Göschen in unserer Stelle annimmt, nähmlich in *L. 5. pr. D. de obsequ. parent. Parens, patronus, patrona liberive aut parentes patroni patronaeve neque si ob negotium faciendum vel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur.* Ich führe dieses blos an, um zu zeigen, dass diese Wortfügungen wirklich verschiedene Auslegungen zulassen, auch, wie leicht Justinians Zeitgenossen zu ihrer Auslegung

Also, wir lassen die beyden Genitive *patroni et patronae* zwar auch regirt werden von *patronus et patrona* und *parentes*, nicht aber auch, wenigstens nicht unmittelbar, von *liberi*, welches vielmehr blos ein Zusatz zu dem ersten *patronus et patrona* ist: mit andern Worten, die Kinder sind nicht die des ersten Patrons, sondern die des zweyten. Die Personen also, welche uns diese Erklärung für die fünfte Classe gibt, sind folgende:

1. *patronus et patrona patroni patronaeve.*
2. Deren Kinder.
3. *parentes patroni.*

Das heisst: in der fünften Classe soll aus dem Freylassungsrecht über den Patron succedirt werden. Da dieses Freylassungsrecht aber von zweyerley Art, entweder aus der Herrengewalt über den Sclaven, oder aus der väterlichen Gewalt über das Kind entstanden ist, so ergeben sich daraus wieder zwey Ordnungen:

1. Wenn der Patron ein Freygelassener war, der *patroni patronus patronave* und in deren Ermangelung diejenigen ihrer Kinder, welche die nächsten im Patronatsverhältnisse sind.
2. Wenn der Patron ein *emancipatus* war, die *parentes* desselben, welche ihn emancipirt hatten.

Bevor wir nun auf die genauere Betrachtung der Personen, welche hiernach in der fünften Classe zur *b. p.* gerufen werden, uns einlassen, wird es zweckmässig seyn, unsere Erklärung und deren Resultat überhaupt erst zu rechtfertigen; und zwar soll zuerst die grammatische Zulässigkeit und logische Nothwendigkeit dieser Interpretation gezeigt und darauf auch die Richtigkeit des Resultats derselben dargethan werden.

Was jene erstere betrifft, so ist die vorgeschlagene Construction durchaus nicht sprachwidrig. Denn erstens ist es

---

der fünften Classe sich verführen lassen konnten; denn sie interpretirten so wie man diese *L.* 5. *cit.* interpretiren muss, obgleich auch hier *liberive* absolut gesetzt seyn kann und nicht mit *parentes* zusammen die Genitive *patroni patronaeve* zu regieren braucht. Vgl. auch noch *L.* 2. §. 2. *D. Qui satisd. cog.*

sogar Regel der lateinischen Sprache, dass man bey Kindern, und andern Verhältnissbegriffen, bey denen sich das *possessivum* von selbst versteht, dieses nicht hinzusetzt, und zweytens stimmt dieses auch mit den meisten andern Bezeichnungen in der Ulpianischen Darstellung dieser *b. possessiones* überein. So sagt er (28, 7.) *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus: primo liberis: secundo legitimis heredibus: tertio proximis cognatis* — — *sexto viro, uxori* — ohne jemals *liberti* oder *eius* hinzuzusetzen. Eben so denn auch hier, und hier mit fast noch mehr Rechte, weil der Patron und dessen Kinder, sobald von einem Patronatsrechte die Rede ist, fast durchgängig gleiche Rechte haben, so dass wenn neben jenem Kinder genannt werden, es sich von selbst versteht, dass nur seine Kinder gemeint seyn können [8]). Drittens bringt es die ganze Art des vorzutragenden Gedankens mit sich, dass selbst so und nicht anders construirt werden muss: denn es stehn zwey homogene Hauptbegriffe, welche die Personen dieser Classe enthalten in des Redenden Seele: Patronatsberechtigte eines *ex servitute manumissus* (*patronus patrona*) und Patronatsberechtigte eines *e mancipio manumissus* (*parentes*); ein heterogener Verhältnissbegriff daher, der zwischen diesen beyden Hauptbegriffen in der Mitte steht, kann nicht einen dritten Hauptbegriff ausmachen, sondern muss als blosse Zubehör des ersten Hauptbegriffs angesehn werden, d. h. diese Kinder müssen Kinder des *patroni patronus* seyn. Ein schleppendes *eorum* setzte aber Ulpian desshalb nicht hinzu, weil dadurch die Kraft der am Ende stehenden Hauptsubstantive *patroni et patronae* und ihre Beziehung zu dem weit vorherstehenden *patronum et patronam* gebrochen seyn

---

8) Auch Paullus spricht daher so *L.* 19. *D. de iur. patron. Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res eius filiorumve tutelam administrare detrectat.* Desgleichen Gai. 3, 47. Denn wie auch diese Stelle gelautet haben mag, so ist das wenigstens klar, dass die Lücke vor *liberique* mit *patroni* ausgefüllt werden muss. Dass die zwölf Tafeln bey Berufung des Patrons zur Erbschaft des Freygelassenen blos den Patron genannt hatten, weil dessen Kinder sich dann von selbst verstanden, ist schon in dem vorhergehenden Aufsatze erinnert worden.

würde. Auch kann es nicht auffallen, dass er *item liberis* und nicht *et liberis* sagte; denn theils sind beyde Wendungen im Ganzen gleichgeltend, theils setzte er *et* wohl deswegen nicht, weil er damit erst eben *patronus et patrona* verbunden hatte, und *liberis* eine von *patronus et patrona* der Art nach verschiedene, nähmlich eine zweyte Ordnung ist. Ganz richtig ist es zu sagen, *patronus et patrona*, welche beyde etwas ganz Gleichartiges sind; *et liberi* würde nicht so richtig seyn, als *item liberi*, weil die *liberi* sich nicht so zu *patronus* und *patrona* verhalten, wie diese unter einander.

Von dieser grammatischen und logischen Seite her lässt sich also durchaus nichts Gegründetes gegen unsere Interpretation einwenden. Wir gehn über zur Rechtfertigung des Resultats derselben. Dazu dienen uns zwey Arten von Mitteln; erstens nähmlich, dass wir die innere Consequenz nachweisen, welche durch diese Auslegung in die fünfte Classe und in die ganze Folge der vom Prätor ertheilten *b. possessiones* kommt, und zweytens, dass wir die andern Stellen, welche von dieser *b. p.* reden, vergleichen und aus ihnen eine äussere Bestätigung für unsere Meinung zu gewinnen suchen.

Jene innere Consequenz ergibt sich freylich schon aus der Uebereinstimmung des Resultats unserer Auslegung mit dem Resultate, welches wir oben aus der Natur des Verhältnisses selbst abgeleitet haben. Indessen wird es nicht überflüssig seyn, sie auch in einzelnen Beziehungen und der Göschenschen Erklärung gegenüber durchzuführen.

1. Zuerst gewinnen wir jetzt eine ganz reine, und aus einem eigenen Rechte abgeleitete Classe. Es wird nähmlich hier lediglich succedirt aus dem Patronatsrechte, welches Personen auf den Patron oder die Patroninn des zu beerbenden Freygelassenen haben, und zwar entweder der Patron des Patrons selbst oder seine Kinder, auf welche, und auf welche allein der Patronat des Freylassers forterbt; gerade so, wie in der vierten Classe aus dem reinen Agnationsverhältnisse, in welchem man zu dem Patron des Verstorbenen steht, berufen wird (*familia patroni — patronus patroni*). Es wird also nach dieser Erklärung nicht, wie nach der von

Göschen ein fremdartiger Bestandtheil aus der vierten Classe dazwischen geworfen.

2. Die Successionsordnung der einzelnen Personen dieser Classe unter einander ist höchst natürlich, wie sie sich aus der Stellung der Worte Ulpians ergibt; wir brauchen nichts zu versetzen, ja wir dürfen es nicht. Zuerst handelt er den gewöhnlicheren Fall des *patronus libertus* ab, und setzt sogleich dessen Kinder hinzu, welche, soweit sie in die Patronatsberechtigungen eingetreten sind, mit ihren Eltern gleiches Recht haben. Dann folgt der zweyte ungewöhnlichere Fall des Patrons, der von seinem Vater aus dem Mancipium manumittirt ist.

3. Sind alle Personen dieser Classe, so wie sie sich aus dem Princip derselben, dass vermöge Patronatsrecht succedirt werden soll, ergeben, vollständig angeführt, nähmlich der Patron des Patrons selbst und dessen Kinder, welche nach dem bekannten Gesetze in den Patronat eintreten und durchaus dieselben Rechte geniessen, welche dem Patron zustehn [9]).

4. Das Verhältniss zwischen der vierten und fünften Classe wird nun bey weitem einfacher und consequenter und der Charakter einer jeden viel entschiedener, fester und abgeschlossener, als nach der Erklärung von Göschen. Die Grundzüge dieses Verhältnisses sind nähmlich diese: In beyden Classen wird succedirt nach dem Grundsatze, dass das Erbvermögen des Freygelassenen dem Vermögen wieder zufallen soll, aus welchem es durch die Freylassung ausgeschieden ist, und also diejenigen berufen werden, welchen civilrechtlich ein Recht auf das Vermögen des Patrons zusteht. Dieses sind aber Personen von zweyerley Art; zunächst die *familia patroni*, d. h. die Individuen der frey entwickelten Familie; zuerst der Patron selbst und darauf die übrigen Personen wie sie *iure civili* erben, nähmlich die Kinder und die Seitenagnaten des Patrons; alsdann aber der *patroni patronus*, d. h. die Individuen, welche, wenn der Patron nicht aus der Freyheit hervorgegangen war, den gesetzlichen An-

9) *Ulp.* 29, 4. *Liberi patroni virilis sexus eadem iura in bonis libertorum parentum suorum habent, quae et ipse patronus.*

spruch auf sein Vermögen hatten. Die Personen der ersten Art werden in der vierten, die der zweyten in der fünften Classe berufen; und zwar ist nun das Verhältniss der beyden Classen keineswegs so zu denken, dass vielleicht die erste für den Fall des *patronus non manumissus*, die zweyte für den des *patronus manumissus* bestimmt wäre, und also beyde mehr nebeneinander als hintereinander ständen; vielmehr gilt die vierte Classe für den Freygelassenen und nicht freygelassenen Patron auf gleiche Weise und der Unterschied der beyden Classen ist ein innerer, darauf beruhender, dass so weit eine selbstständige freye Familie vorhanden ist, erst dieser das Vermögen des ihr durch die Freylassung entzogenen Sclaven gehört, und erst wenn diese abbricht, nähmlich wo sie aus dem Nichts hervorgegangen, d. h. durch Freylassung entstanden ist, nach ihr die Ertheiler der Freyheit berufen werden. Also auch im Fall eines *patronus libertus* wird dieser selbst und seine Kinder in der vierten Classe als *familia patroni* gerufen, eben so wie dieses bey einem *patronus ingenuus non manumissus* der Fall seyn würde; weil bis dahin seine Familie als freye Familie da ist; über die Descendenten hinaus aber reicht seine freye Familie nicht mehr, daher sich nun freygelassener und freygeborner Patron scheiden. Im Falle des letztern werden in der *familia* auch die Agnaten, die freye Familie vom Ursprung her, berufen; im Falle des *patronus manumissus* aber nicht mehr, weil er nicht aus freyen Lenden entsprossen, sondern freygelassen ist. Nun aber werden die Freylasser desselben in der darauf folgenden Classe zugelassen, weil es billig ist, dass nach dem auf wirklicher Familienfortentwickelung beruhenden Verhältniss auch auf das Rücksicht genommen wird, welches der Zeugung nachahmt durch Freylassung. Diese Ansicht vom Verhältnisse der vierten und fünften Classe zu einander wird nun auch geradezu bestätigt durch unsere Stelle in der *Collat.* 16, 9. wo es heisst: *Post familiam patroni vocat praetor patronum etc.* welches man wenigstens viel natürlicher von einer innern Folge der Succession, als von der blos äusserlichen Folge der Worte des Prätors im Edict versteht. Klar ist es auch hieraus, warum in jener

vierten Classe der Patron selbst und seine Kinder berufen sind, in der fünften dagegen nicht ebenfalls, und weit entfernt dass dieses eine Inconsequenz wäre, liegt darin gerade ein völliges Aussprechen der Wahrheit unserer Erklärung. Denn wenn beyde Classen nicht dadurch sich unterscheiden, dass in der einen ein *patronus non manumissus* in der andern ein *patronus manumissus* vorausgesetzt wird, sondern ihr Unterschied, wie der aller übrigen Classen, darauf beruhet, dass die entferntere auch ein entfernter liegendes, weniger dringendes Verhältniss schützt als die frühere und zwar nahmentlich die vierte die frey entwickelte Familie, die fünfte, die Nach*ahmung* der freyen Familienentwickelung in der Freylassung; so ist es durchaus nothwendig, dass die erstere Classe jedenfalls den Patron mit seiner Descendenz, die folgende nur den Patron des Patrons enthalte; denn die wirkliche Familienfortentwickelung in der Spitze der Familie, d. h. dem Patron selbst und dessen weitern Schösslingen ist bey dem Freygelassenen und Freygebornen gleich; das nachgeahmte Familienverhältniss aber, der Patronat, fängt seiner Natur nach in dem Freylasser, also gleichsam in dem nächsten Grade der Seitenverwandtschaft erst an.

Ich halte diese innere Consequenz, welche nach unserer den Worten nach wenigstens zulässigen Erklärung in die Ordnung der *bonorum possessiones liberti* kommt, für den stärksten und unerschütterlichsten Beweis derselben. Allein dieselbe wird auch durch äussere als solche nicht weniger starke Gründe unterstützt. Zuerst ist uns in dieser Beziehung sehr wichtig eine Stelle aus Justinians bekannter Verordnung über das Patronatsrecht [10]). Justinian stellt hier die Successionsordnung in die Güter des ohne Testament und Anverwandte verstorbenen Sohnes eines Freygelassenen nach früherem Rechte dar. Diese Successionsordnung war, wie sich von selbst und aus Justinians Verordnung ergibt, ganz dieselbe, welche auch in die Güter des Freygelassenen selbst galt; daher was Justinian daselbst von dem Sohne des Freygelassenen sagt, geradezu als vom Freygelassenen gesagt betrachtet

10) *L. ult. C. de bon. libert.*

werden kann. Die Worte aber sind diese nach der Reitzischen Uebersetzung:

*Quoniam vero vetus bonorum possessio etiam competebat, quando liberti filius post manumissionem natus sine testamento et cognatione moriebatur, vocabatque patris manumissorem et cognatos eius per virilem sexum, sive cognati mansissent sive status permutationem subiissent* [11]) *atque volebat, ut si patronus huius liberti et ipse alterius cuiusquam libertus esset, patroni patronus quoque eiusque cognatio vocaretur: sancit haec constitutio etc.*

In den letzten Worten: *atque volebat etc.* ist unser Fall enthalten, und wie drückt sich der Kaiser darüber aus? Er fängt eben so an, wie Ulpian nach unserer Auslegung und erwähnt nahmentlich auch die Kinder des zweyten Patrons als mit ihrem Vater zugleich, d. h. mit ihm in derselben Classe berechtigt (*eiusque cognatio*), bestimmt also die Personen dieser Classe ganz eben so, nur natürlich ohne Rücksicht auf den Fall der *manumissio e mancipio*, wie unsere Erklärung der Stelle Ulpians sie bestimmt hat. Ohne Zweifel war also diese Constitution von einem andern und zwar kundigeren Concipienten verfasst, als §. 5. *I. de bon. possess.*, (welcher Theophilus zum Verfasser haben mag) wo von dieser *b. p.* geklagt wird, sie leide an einem unerforschlichen Irrthum.

Aber auch die Vergleichung der eigentlich von unserm Falle sprechenden Stellen wird uns nicht ohne Ausbeute lassen.

1. Die beyden Stellen der Institutionen.

Schon oben ist erinnert, dass die Institutionenverfasser und Theophilus in der Paraphrase unsere *b. p.* ganz missverstanden haben, und dieser Umstand die Institutionenstellen für uns ganz unbrauchbar zu machen scheine. Allein die beyden Stellen der Institutionen, welche von der fünften (dort sechsten) *b. p.* handeln, sind von sehr verschiedener Art. Die letz-

---

11) Offenbar versteht der Kaiser hier unter *cognati*, wie nachher auch unter *cognatio*, die Descendenz des Patrons, nicht die Seitenagnaten; denn nur bey jenen war es einerley, ob sie emancipirt waren oder nicht. In wie fern der Ausdruck auch auf die Seitenverwandten bezogen werden könne und dürfe, soll in einer der folgenden Abhandlungen gezeigt werden.

tere, §. 4. *I. de bonor. possess.*, kommt, wie der Augenschein lehrt, aus dem Munde eines der Institutionenverfassers; denn es wird dort auseinandergesetzt, worin und wie Justinian das alte Recht umgeändert habe. Diese Stelle hat daher allerdings gar keinen Werth für uns. Ganz anders aber verhält es sich mit dem vorhergehenden §. 3. *I. eod.* Eine nur oberflächliche Durchsicht überzeugt jeden, dass dieser ganze Paragraph aus einem alten Juristen wörtlich abgeschrieben ist, eben so wie so viele Stellen der Institutionen aus Gaius Institutionen oder *res quotidianae* herübergenommen sind. Diese Stelle muss uns also eben so wichtig seyn, wie die des Ulpian. In dieser Stelle liegt aber auch der unumstösslichste äussere Beweis für unsere Erklärung des Ulpian. Es heisst daselbst, diese *b. p.* werde gegeben:

> „*sexto patrono patronaeque liberisque eorum et parentibus*" — wörtlich übersetzt: „zum sechsten dem Patron und der Patroninn und deren Kindern und den Eltern" —

nähmlich des Patrons — d. h. entweder dem Patron oder der Patroninn des Patrons und den Kindern dieses zweyten Patrons (der zweyten Patroninn), wenn der erste Patron ein *libertus* ist; oder den Eltern des Patrons, wenn dieser aus dem Mancipium freygelassen ist. Die Stelle sagt also ganz dasselbe, was oben aus Ulpians Stelle heraus interpretirt ist. Aber wer erlaubt uns, zu jenen Dativen *patroni* hinzuzuverstehn? — Die Stelle selbst verlangt es. Denn eben so wie hier, ist auch bey Angabe der vorhergehenden *b. possessio* der Genitiv *patroni* weggelassen; es steht blos da: *tanquam ex familia*, und mit derselben Nothwendigkeit, welche hier *patroni* hinzuzuverstehn zwingt, muss es auch zu der Beschreibung der folgenden Classe hinzugedacht werden. Warum übrigens der Verfasser dieser Stelle das Wort *patroni* bey jenen beyden Classen weggelassen habe, lässt sich verschieden erklären; vielleicht führte er hier blos Anfangsworte aus dem Edicte an, was besonders, wie in der folgenden Abhandlung gezeigt werden wird, die Fassung der vierten Classe wahrscheinlich macht. Allein auch ohne diese Annahme ist die Sache ganz einfach diese: Jeder Kundige wusste, dass in der vierten (fünften) Classe unter *familia* die des Patrons zu ver-

stehn sey, und eben so in der fünften (sechsten) Classe unter dem *patronus et patrona liberique* und *parentes* die *patroni patronus et parentes*. Gerade so pflegt man, wenn von einem Falle die Rede ist, in welchem ein *creditor* und *creditoris creditor* oder ein *debitor* und ein *debitoris debitor* vorkommt, um der Kürze willen nicht immer den letzten *creditor creditoris*, *debitor debitoris* zu nennen, sondern setzt auch für diese, sobald nur einiger Maassen aus dem Zusammenhange erhellt, wer gemeint sey, schlechthin *creditor* und *debitor* [12]). — Genug diese Stelle setzt ausser Zweifel, dass die *liberi* bey Ulpian auf den *patronus patroni* und nicht auf den ersten *patronus* zu beziehen sind, worauf es eigentlich ankommt. Obgleich übrigens der Jurist, aus dem dieser Paragraph genommen ist, durchweg sehr deutlich spricht, so haben ihn doch die Institutionenverfasser auch darin missverstanden, dass sie die Worte *et parentibus* zusammennahmen mit *liberisque*, und *eorum* von beyden Wörtern abhängen liessen, obgleich der Jurist es vorsichtig davon getrennt hat [13]).

2. Die Stelle aus Ulp. 28, 7.

Diese Stelle ist oben schon als unbedeutend dargestellt worden, weil sie mit der in der Collatio dem Sinne und der Wortstellung nach fast ganz übereinkommt, nur dass der Fall des *patronus emancipatus*, über den kein Streit statt findet, weggelassen ist. Wenn wir daher hier auf sie zurückkommen, so geschieht es mehr, um den sonst eben so kurzen als genauen Ulpian von der Beschuldigung, einen Hauptfall ausgelassen zu haben, zu befreyen, als um uns auf ihn zu berufen.

Die Ausgaben des Ulpian lesen entweder *item liberis* oder *liberisve* ohne *item*. Die Vaticanische Handschrift aber hat: *item liberosve*. Treffend bemerkt Göschen [14]), dass diese doppelte Verbindungspartikel auf etwas Ausgefallenes hinweise. Auslassungen sind aber in dieser Handschrift so gewöhnlich, dass eine Hinweisung darauf an irgend einer Stelle

---

12) Vgl. *L.* 13. §. 2. *D. de pignor. et hypoth.*

13) S. §. 4. *seq. I. de bon. poss.* und eben so Theophilus, aber wahrscheinlich sind Theophilus und der Verfasser des §. 4. *cit.* dieselbe Person.

14) In der oben angeführten Abhandlung S. 261.

schon für Gewissheit gelten kann. Höchst wahrscheinlich hat nun **Ulpian** geschrieben:

*patrono patronae item liberis parentibusve patroni patronaeve* [15])

oder

*item liberis vel parentibus patroni patronaeve*,

so dass das Wort *parentibus* oder *parentibus* und ein *l* davor ausgefallen sind [16]). Durch Wiederherstellung desselben wird diese Stelle der in der *Collatio*, welcher sie schon so ähnlich ist, fast ganz gleich. Nur sind hier statt der Verbindung der *parentes* durch die Conjunctivpartikel, dieselben durch eine Disjunctivpartikel von den frühern Personen getrennt, was vielleicht eben in der Absicht geschah, um damit anzuzeigen, dass sie nicht mit den *liberis* zusammengenommen werden sollten.

So viel wird hinreichen, um die Richtigkeit unserer Erklärung der fünften Classe der *b. p.* überhaupt zu beweisen. Wir wenden uns nun zur nähern Betrachtung der Personen, welchen zufolge jener Erklärung der Prätor in dieser Classe die *b. p.* anbiethet. Für beyde Fälle, welche sie enthält und welche wir übrigens sogleich werden scheiden müssen, mag erst die allgemeine Bemerkung voraussstehn, dass diese Classe durchaus auf einem civilrechtlichen Principe beruht —, insofern nähmlich, als das Patronatrecht überhaupt *iuris civilis* ist, und der Prätor die civilrechtliche Aufhebung desselben eben so wenig als nicht geschehn hinwegfingirt, als dieses bey den Agnaten der Fall ist; ja er beruft die *patroni capite deminuti* selbst nicht in einer spätern Classe, was doch bey den *agnati c. deminuti* geschieht, weil die im Patronat liegende Verwandtschaft keine wirkliche, sondern nur eine durch das Civilrecht hervorgebrachte ist, und daher mit dem Civilrecht selbst auch wieder hinwegfallen muss [17]).

---

15) Wie ich sehe, hat auch schon **Cuiacius** zu dieser Stelle so emendirt.

16) *Ve* und *vel* werden sehr häufig verwechselt; vgl. *L.* 1. §. 9. *D. ad SC. Tertull. L.* 2. *pr. D. ad L. Aquil.* Bekanntlich wird beydes auf dieselbe Weise notirt.

17) Eben so wird ein *agnatus capite deminutus*, dessen Agnation

Unter den beyden Fällen dieser Classe reden wir nun zuerst von dem,

I. Wenn der Patron des zu beerbenden Freygelassenen aus der Sclaverey freygelassen ist. Alsdann werden zuerst berufen der Patron und die Patroninn des Patrons oder der Patroninn [18]); auch der Patron oder die Patroninn der Patroninn; denn eine Frau kann eben so gut Quasi-Agnaten haben, wie sie wirkliche Agnaten hat, und diese Quasi-Agnation beruht zumal blos auf der geschehenen Freylassung, welche bey Sclaven und Sclavinnen dieselbe ist. Ausser dem Patron und der Patroninn zweytens auch die Kinder derselben. Hier werfen sich folgende Fragen auf: 1) Wenn mehre Kinder vorhanden sind in verschiedenen Graden, z. B. ein Sohn und ein Enkel, wird der Sohn dem Enkel vorgehn oder dieser mit jenem zusammen nach dem Rechte der *sui* miterben? Unbedenklich das erstere, weil hier *iure patronatus* geerbt wird, in welchem der Nähere dem Grade nach den Entfernteren ausschliesst [19]). 2) Wird auch ein Tochterenkel zur Succession gelangen? Nein; denn er hat nach Civilrecht keine Patronatsberechtigung; weshalb denn auch 3) ein emancipirter Sohn hier dem in der Gewalt gebliebenen nicht gleichsteht, sondern von dieser *b. p.* ausgeschlossen bleibt. 4) Gilt aber das Recht der Succession? d. h. wird, wenn die *b. p.* z. B. dem Patron deferirt ist, dieser aber vor der Annahme stirbt, nun auch seinem Sohne noch angebothen? Richtiger ist es, dieses zu läugnen, weil hier nach Civilrecht deferirt wird, eben so wie man sich später dafür entschieden hat, dass ein nachstehender Agnat nach dem Ausfallen des näheren doch erst in der Classe *unde cognati* berufen werde [20]). 5) Erhalten auch die Kinder der Patroninn des Patrons diese *b. p.*? Nach altem Rechte gewiss eben so wenig, als die Tochtersöhne des Patrons. Allein späterhin succedirten sie, wenn sie

---

blos auf Adoption oder *in manum conventio* beruhte, in der Classe *unde cognati* nicht berufen werden.

18) *Ulp.* 28, 7. *Collat.* 16, 9. — §. 3. *I. de bon. poss.* ist hier weniger vollständig, wie diese Stelle überhaupt die kürzeste ist.

19) *Gai.* 3, 60. *Ulp.* 27, 2. 3. §. 3. *I. de success. libert. Paull. S. R.* III, 2. §. 1. *L.* 23. §. 1. 2. *D. de bon. libert.*

20) *Gai.* 3, 28.

nur die gehörige Anzahl von Kindern hatten, ohne Zweifel nach der *lex Papia Poppaea*, welche im Erbrechte ganz allgemein Sohn und Tochter der Patroninn, wenn sie mit Kinderrecht versehn sind, dem Patron und der Patroninn selbst gleichgesetzt hat. Daher sagt auch die Institutionenstelle, deren Verfasser Marcian oder Ulpian seyn mag: *liberisque eorum*, d. h. sowohl des Patrons als der Patroninn. Ob man aber nach dem *SC. Orphitianum* auch die Kinder der Patroninn als solche, d. h. ohne das *ius liberorum*, zu dieser *intestati b. p.* zugelassen habe, ist weniger ausgemacht und ich möchte mich eher für das Gegentheil entscheiden. Denn dieses Senatusconsult wandte den Kindern nur die Erbschaft ihrer Mutter zu, und gab ihnen an dieser gleiche Rechte mit dem *parens manumissor* oder dem Patron derselben. So wenig nun dieser letzte (der *patronae patroni patronus*) vom Prätor berufen wird, eben so wenig konnten auch die Kinder der *patroni patrona* als solche nach dem Senatusconsult berufen werden.

II. Der Patron des zu beerbenden Freygelassenen ist aus dem Mancipium freygelassen.

So oft von den Wirkungen der Freylassung aus dem Mancipium die Rede ist, muss man zwey Fälle sorgfältig unterscheiden; erstens, wenn der Freyzulassende in einem Mancipium stand, welches mit einem natürlichen Gattungsverhältniss verbunden war, so dass das Mancipium nur eine andere Form der mit jenem Verhältnisse verbundenen natürlichen Familiengewalt war (*ubi pater quodammodo potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit* [21])) und zweytens, wenn das Mancipium ohne Beziehung zu einem natürlichen Gattungsverhältniss eintrat. Der erste Fall lässt sich nur beym Vater oder Grossvater denken, welcher sein Kind oder seinen Enkel aus der Gewalt entlässt [22]), wenn er bey

---

21) *Gai.* 1, 140. Dieser Ausdruck des Gaius ist eigentlich richtiger und bestimmter, als der von mir oben gebrauchte; denn wenn der Vater nicht mit Beziehung auf seine väterliche Gewalt sein Kind zufällig in das Mancipium bekommt, so ist dieses nur ein gewöhnliches Mancipium. Vgl. Krit. Zeitschr. f. Rechtswissensch. Bd. 5. S. 253.

22) Wie wenn der Ehemann seine Frau durch Remancipation aus der *manus* entlässt? Dieses wird nicht leicht ohne Scheidung vorkommen, und in diesem Falle ist das natürliche Gattungsverhältniss schon

dieser Gelegenheit durch das *pactum fiduciae* sich das Mancipium nach der dritten (ersten) Mancipation vorbehielt. In diesem Falle nähmlich hat das Mancipium und folglich auch das aus demselben entstehende Freylassungsverhältniss innere natürliche Kraft, eben so wie die väterliche Gewalt selbst, oder was die Freylassung betrifft, wie die Freylassung aus der Sclaverey. Im zweyten Falle dagegen ist das Mancipium und der durch die Freylassung daraus hervorgehende Patronat blos eine Gestalt des buchstäblichen Civilrechts ohne dessen wahren Willen, eine Schale ohne Kern, ein Eigenthum ohne Kraft und Einwirkung auf die Person des gekauften freyen Menschen. Da es nun Pflicht der Magistrate ist, das Civilrecht nach dessen wahrem Willen zur Ausführung zu bringen, so wird nur das Mancipium der ersten Art und die Manumission aus demselben die Wirkungen der Gewalt über die Personen nach Gattungsrecht und des Patronats haben, nicht auch das Mancipium der zweyten Art. Einzelne Anwendungen mögen dieses erläutern. Der Sohn, welcher nach der dritten Mancipation dem Vater remancipirt ist, kann diesen nicht zwingen, ihn zu manumittiren, oder durch den Census ohne des Vaters Einwilligung frey werden [23]), bey der andern Art von Mancipium geht dieses an [24]); denn nur ein wirkliches Recht zeigt

---

nicht mehr vorhanden (*Gai.* 1, 137.). Ausserdem aber muss man allerdings behaupten, dass dieses Mancipium dem des Vaters gleich stehe. Anders, wenn Jemand z. B. eine *noxae sibi data* heirathet. Denn es ist nicht hinreichend zum kräftigen Mancipium, dass Mancipium und Ehe zusammentreffen, sondern das Mancipium muss an die Stelle einer andern Form natürlicher Gattungsgewalt treten.

23) *Gai.* 1, 140. 137. Der Unterschied der *manumissio censu* von den übrigen beyden beruht darauf, dass zu den letztern ausser der Willenserklärung auch noch eine Handlung (Testament, *legis actio*) des Freylassers nothwendig ist, die erstere blos in der Willenserklärung desselben und Handlungen dritter Personen (des Censors und des Volks) bestehn. Kraftlosigkeit der Willensfreyheit aber gestaltet sich, wenn der Wille mit einer bestimmten Handlung verbunden ist, zum Zwange zu dieser Handlung, vorausgesetzt jedoch, dass diese Handlung nicht ausserdem eine kräftige Willensfreyheit enthält, wie das Testament, daher der Zwang zur Manumission sich blos auf die *manumissio vindicta* bezieht.

24) Den Fall der *noxae datio* ausgenommen, wo auch ein, jedoch nur vermögensrechtlich bis zu der bestimmten Summe, nicht auch persönlich kraftvolles Mancipium eintritt; ist daher das Delict durch die Erwerbe des *noxae datus* abverdient, so wird dieses Mancipium wieder zu einem völlig inhaltsleeren. *Gai.* 1, 140. *Collat.* 2, 3.

sich darin, dass es Jemanden nicht wider seinen Willen genommen werden kann. Desgleichen, was Gaius bemerkt, dass aus einer dem Mancipirten von dem Scheinkäufer zugefügten Beleidigung eine *iniuriarum actio* entspringe, ist blos auf das nicht beym Vater statt findende Mancipium, weil dieses das *ius vitae ac necis* in der That nicht enthält, zu beziehn [25]. Ob auch so endlich hinsichtlich des von einem im Mancipium befindlichen aus rechter Ehe erzeugten Kindes? Von diesem glaubte Labeo, dass wenn sich dieser Fall mit einem Sohne ereigne, der nach der dritten Mancipation wieder im Mancipium beym *parens manumissor* stehe, dessen Kind ebenfalls in das Mancipium seines Grossvaters trete, ohne Zweifel aus dem Grunde, weil hier das Mancipium die Person des *emancipatus* ergreife und sich daher auch auf das von demselben geborene Kind forterstrecke, eben so wie, wenn die väterliche Gewalt über den Sohn fortgedauert hätte, der Grossvater *patria potestas* über seinen Enkel bekommen haben würde: in den gewöhnlichen Fällen des Mancipium nahm er also gewiss dieses Forterbeu des Mancipium nicht an. Allein zu Gaius Zeit war diese Meinung des Labeo nicht Rechtens; vielmehr entschied man sich dafür, dass ganz allgemein der von einem *mancipatus* Geborene nicht in das Mancipium dessen komme, in dessen Mancipium sein Vater stände, sondern vielmehr lediglich zu seinem Vater in ein Verhältniss der Familiengewalt trete; und zwar sey dieses Verhältniss einstweilen, so lange der Vater im Mancipium bleibe, ein unentschiedenes; denn väterliche Gewalt könne dieser gegenwärtig als Gefangener eben so wenig wie irgend ein anderes Recht

---

25) *Gai.* 1, 141. Uebrigens ist dies Stattfinden der Injurienklage so zu verstehn, dass dieselbe selbst während der Dauer des Mancipium angestellt werden kann; denn da sie *in factum* ist, so muss der Richter condemniren. Nun würde freylich die *actio iudicati* aus der Condemnation, wenn das Mancipium nicht vorher aufgelöst wäre, nicht entstehn: weshalb also doch wenigstens während des Processes die Manumission nothwendig wird. Wie nun mit dem *noxae datus?* Hier müsste der Richter während der Dauer des Mancipium condemniren, der Prätor aber nachher diese Condemnations-Summe gleichsam durch Compensation als von der *litis aestimatio*, um derentwillen der Sohn *in mancipio* ist, abgezogen betrachten und danach, wenn die *litis aestimatio* abverdient war, zur Manumission zwingen.

ausüben; wenn aber das Mancipium durch Manumission, d. h. bey seinen Lebzeiten endige und er dadurch seine Freyheit des Familienrechts wieder gewinne, so erhalte er rückwärts vom Zeit der Geburt die väterliche Gewalt über sein Kind; sterbe er dagegen im Mancipium, und habe sich also so seine Unfreyheit als eine kräftige, unaufhebbare erwiesen, so sey sein Kind rückwärts als *sui iuris* geboren anzusehn (*Gai.* 1, 135.). Welche von diesen beyden Meinungen nun die richtige sey, das zu entscheiden, erfordert allerdings einen tiefen Blick in die Natur des Gattungslebens; ich glaube aber, dass die letztere wahr sey. Denn obgleich das Mancipium über den Sohn nach der dritten Mancipation dem Vater die *patria potestas* gleichsam erhält, so ist doch ein solcher Sohn kein *filius-familias* mehr in der väterlichen Familie, sondern nur ein von ihr schon abgeschnittener Zweig, über den nur der Vater noch das volle *ius vitae ac necis* hat, wie über einen Sclaven. Folglich ist nun auch ein solcher Sohn keine freye Fortentwickelung der väterlichen Familie mehr und wenn er die Gattung fortsetzt, so setzt er nur seine eigene fort, und das erzeugte Kind wird nicht mehr in die Gewalt des Grossvaters kommen können, nicht in die väterliche Gewalt, weil es nicht zu seiner Familie gehört, und nicht in sein Mancipium, weil es nicht mancipirt ist. Denn offenbar übersah Labeo, dass in der Familie die Gewalten nicht nach dem Gesetze der Unfreyheit (des Vermögensrechts): *quod ex re mea fit, meum est,* über neue Individuen entstehn, sondern nach den eigenthümlichen Stellen, welche Jemand in der Gattungsentwickelung einnimmt, wonach die Geburt immer nur in die väterliche Gewalt bringen hann. Diesen letzten Fall können wir also nicht mit zu den Anwendungen des Unterschiedes zwischen der einen und der andern Art von Mancipium rechnen. — Wie nun übrigens mit dem Mancipium selbst, so auch mit den Rechten des Patronats, welche durch Freylassung aus der einen oder andern Art des Mancipium entstehn. Vermöge dieser Rechte bekommt der Vater über des emancipirte Kind eine *legitima tutela*, jeder andere blos eine *fiduciaria tutela* [26].

---

26) *Gai.* 1, 172. *ibiq. cit.*

Im Erbrecht beruft der Prätor den *parens manumissor* zur Erbschaft des *emancipatus* in derselben Classe, wo er zur Erbschaft eines *libertus* den Patron beruft und lässt ihn also sein civiles Erbrecht geniessen; dem *extraneus manumissor* aber zieht er noch zehn Personen vor [27]). Diese Bemerkungen nun werden uns Aufklärung darüber geben, welche Personen in diesem Falle, von welchem wir jetzt handeln, der Prätor zur *b. p.* berufen wird.

Zuerst wird er blos den *parens manumissor* berufen, nicht auch den *extraneus manumissor*, weil dieser letztere weder auf den Buchstaben noch auf den wahren Willen des Civilrechts einen Anspruch begründen kann; denn wenn der Prätor das gesetzliche Erbrecht, welches der *extraneus manumissor* gegen den Freygelassenen selbst hat, schon so wenig der Billigkeit entsprechend findet, dass er ihm viele Cognaten vorzieht, so kann er ihn da gar nicht zulassen, wo selbst die Auctorität des Civilrechts, um derenwillen allein er einen Anspruch hatte, wegfällt. Dasselbe muss man auch behaupten von demjenigen, wem ein Sohn wegen eines Vergehns mancipirt worden ist, obgleich das Mancipium von dem Mancipirten in diesem Falle nicht willkührlich aufgelöst werden kann; denn er ist immer ein *extraneus manumissor* und sein Recht hat keinen Zusammenhang mit einem Rechte des Gattungslebens, sondern nur des Vermögens; wenn er also den Mancipirten manumittirt, so ist er nur anzusehn, als habe er etwas verschenkt, nicht aber als habe er sich die Vermögensfreyheit des Freygelassenen, welche stets ein Ausfluss der persönlichen Freyheit ist, obligirt. Aus demselben Grunde erhält ein solcher Freylasser auch nur eine *fiduciaria tutela* und muss sich in der Rangordnung der *b. possessiones* das Vorgehn der zehn Personen gefallen lassen.

Zweytens möchte es Jemand als inconsequent tadeln, dass der Prätor im ersten Falle — des *patronus ex servitute manumissus* — alle Patronatsberechtigte d. h. auch die Kinder des Patrons beruft, hier aber nicht auch die übrigen nicht emancipirten Kinder des *parens manumissor* zulässt. Allein

---

27) §. 3. *I. de bon. possess.* Collat. 16, *ult.*

auch dieses erklärt sich aus unserer vorausgeschickten Bemerkung. Die Kinder des *parens manumissor* sind zwar nach dem Buchstaben, aber nicht nach dem Willen des Civilrechts zum Quasi-Patronat über ihren freygelassenen Bruder, Neffen oder Geschwisterkind berechtigt; vielmehr ist ihr Quasi-Patronat wieder eben so leer, wie der des *extraneus manumissor*, weil auch hier der Quasi-Patronat des Bruders ohne allen Zusammenhang mit einer diesem über seinen emancipirten Bruder etwa zugestanden habenden Familiengewalt ist; denn der Bruder hatte weder vor der Emancipation eine Gewalt über seinen emancipirten Bruder, noch würde er, wenn die Emancipation nicht erfolgt wäre, durch den Tod des Vaters eine Gewalt über ihn bekommen haben. Ganz anders mit dem freygelassenen Sclaven, welcher allerdings, wenn er nicht manumittirt worden wäre, in die *potestas* des Sohnes des Patrons gekommen seyn würde, daher auch der Patronat des Sohnes des Patrons durchaus kein inhaltsloser ist [28]). Auch findet sich hier in den übrigen Rechten des Quasi-Patronats die höchste Consequenz. Der *parens manumissor* hat eine vollgültige *legitima tutela*; aber sein Sohn, der Bruder des emancipirten Kindes, blos eine *fiduciaria*, wie der *extraneus manumissor* [29]). Der *parens manumissor* hat die *contra tabulas b. p.*, wie der Patron, nicht aber auch seine Kinder [30]). Blos Einen Fall müssen wir ausnehmen, in welchem auch der Sohn des *parens manumissor* eine auch vom Prätor anerkannte Patronatsberechtigung geniesst, wenn nähmlich der Grossvater seinen Enkel freylässt, und nun der Vater des Freygelassenen durch den Tod des Freylassers *sui iuris* geworden ist. Denn dieser Vater steht dem Sohne des Patrons ganz gleich, weil, wenn sein Sohn nicht emancipirt worden wäre, er durch den

---

28) Dieses ist das scharfsinnige Räsonnement im *tit. I. de fiduciar. tutel.*, welches die Neuern nicht verstanden zu haben scheinen. Vgl. z. B. Thibaut Abhandl. S. 291. flg. Zimmern Römischrechtl. Untersuch. S. 247.

29) *Tit. I. cit. Gai.* 1, 175. *ibiq. cit.*

30) *L.* 1. §. 5. *D. Si a parente manumiss. Liberos autem manumissoris non venire ad contra tabulas bonorum possessionem filii constat, quamvis patroni (sc. liberi) veniant.*

Tod des Grossvaters ihn ebenfalls in die Gewalt bekommen haben würde; daher ihm auch ohne Zweifel keine *fiduciaria*, sondern eine *legitima tutela* zuzuschreiben ist [31]) und so auch mit den übrigen Rechten. In der That ist dieser Vater auch nicht durch die Worte unserer Classe ausgeschlossen, welche die *parentes* beruft; denn unter *parentes* sind bey der Emancipation immer Grossvater und Vater zu verstehn, und zwar sowohl der eine oder der andere, indem entweder jener oder dieser emancipirt hat, als auch beyde hintereinander, wenn der Gossvater manumittirt hat und darauf von seinem Sohne, dem Vater des Emancipirten, überlebt, starb. Dass übrigens bey einer Tochter des *parens manumissor* dieses Verhältniss nicht vorkommen könne, bedarf keiner Erwähnung, so wie es sich auch von selbst versteht, dass jede *capitis deminutio* die Rechte des *manumissor* oder des Nachfolgers desselben zerstöhren würde.

Blos die Frage bleibt noch zu untersuchen übrig, ob nicht seit dem *SC. Tertullianum* auch die Mutter des Patrons ein Successionsrecht empfangen habe, und daher seit diesem Senatusconsult der Ausdruck *parentes* im allgemeinen Sinne zu verstehn sey. Dieses hat Göschen behauptet [32]), aber, in dieser Allgemeinheit wenigstens, entschieden unrichtig. Erstens hat das Senatusconsult nicht geradezu für die Mutter fingirt, dass sie bey einem emancipirten Kinde so angesehn werden solle, als habe sie es manumittirt; zweytens liegt auch keineswegs stillschweigend eine solche Gleichsetzung des mütterlichen Erbrechts mit dem des *parens manumissor* in der Verordnung des Senatusconsults. Vielmehr gab dasselbe der Mutter nur ein agnatisches oder quasi-agnatisches Erbrecht ungefähr im dritten Grade, indem es ihr im Ganzen bey einem zu beerbenden nicht emancipirten Sohne nur noch den *frater consanguineus* (die

---

31) Das offenbare Gegentheil sagt freylich Theophilus (*ad tit. I. de fiduciar. tut.*), aber sein Widerspruch in einem Falle, wo er nicht blos schreibt, sondern selbst als Jurist auftritt, hat wenig Gewicht; auch zeigen gleich die folgenden Worte, wo er den Vater wieder auslässt, dass er seiner eigenen Behauptung nicht recht traute.

32) Hugo's Civilist. Magaz. B. IV. S. 349. 357.

*soror consanguinea* nicht einmal mehr durchaus) vorgehn liess; im Fall eines emancipirten Sohnes aber ihr ausdrücklich den *parens manumissor* vorzog und nur vor dem *avus* oder *proavus manumissor* ein Erbrecht einräumte [33]). Hiernach lässt sich ganz genau der Anspruch der Mutter auf eine *b. p.* in dieser fünften Classe (wenn sie anders einen solchen hat) bestimmen. Ist der Sohn vom Vater emancipirt, so steht ihr diese *b. p.* gar nicht zu, weil der Prätor nur noch Eine Person in dieser Classe beruft, welcher die Mutter nach dem Senatusconsult schon nachsteht; und es hat keinen Einfluss, wenn auch der Vater zur Zeit der Beerbung nicht mehr lebt, weil die Mutter in diesem Falle ein für alle Male nicht mit berufen ist. Hat dagegen der Grossvater seinen Enkel freygelassen, so sieht das Senatusconsult das Recht der Mutter für stärker an als das des Grossvaters, und daher würde in diesem Falle auch der Prätor die Mutter dem Grossvater noch vorziehn müssen. Dieses Alles sage ich jedoch nur unter der Voraussetzung, dass man annehmen dürfte, das der Mutter durch das *SC. Tertullianum* verliehene Recht habe sich nicht blos auf die Erbschaft des Sohnes erstreckt, sondern eine durchgreifende Gleichsetzung der mütterlichen Erbrechte mit den Rechten der Eltern männlichen Geschlechts enthalten. Diese Voraussetzung ist aber, wie schon bemerkt, völlig ungegründet, und vielmehr das Gegentheil hier eben so gewiss anzunehmen, wie bey den Erbrechten, welche durch das *SC. Orphitianum* den Kindern der Mutter ertheilt sind. Deshalb halte ich denn Göschens Meinung in dieser Rücksicht für durchaus unrichtig.

Zum Schlusse ist die Frage noch zu berühren, ob nicht ausser den beyden abgehandelten Fällen, welche beyde davon ausgehn, dass ein *libertus* gestorben sey, noch die zwey anderen hätten aufgeführt werden müssen, in denen vorausgesetzt würde, dass der zu beerbende Verstorbene ein *ingenuus e mancipio manumissus* gewesen sey, und dann aus

---

33) *Ulp.* 26, 8. §. 3. *I. de SC. Tertull. L.* 2. §. 15. *D. ad SC. Tertull.*

dieser Stelle des Edicts der *parentis manumissoris patronus* oder *parens manumissor* zur Succession desselben käme. Eine oberflächliche blos logische Betrachtung der Sache muss die Bejahung dieser Frage für ganz unbedenklich halten; denn, wird man sagen, was vom *libertus* wahr ist, muss auch vom *emancipatus* gelten, theils weil, wie oben gezeigt ist, das *mancipium*, aus welchem der Vater den emancipirten Sohn freylässt, ein eben so kräftiges Recht enthält, wie die Sclaverey, theils weil die vorhin beregten Fälle ihrem Inhalte nach den beyden früher durchgenommenen ganz gleichstehn, und dieselben Personen nur in umgekehrter Ordnung geben. Wenn also die von der fünften Classe sprechenden Stellen blos den Fall erwähnen, wo ein *libertus* gestorben sey, so müsse man annehmen, jene Stellen haben um der Kürze willen blos den einen der beyden Manumissionsfälle erwähnt und der andere sey stillschweigend mit verstanden worden. Allein so scheinbar dieses Räsonnement auch ist, so wird doch die Anschauung der Sache selbst bald lehren, dass es in Irrthum führt und allerdings nur im Falle eines zu beerbenden *libertus*, wie es auch die genaue Interpretation unserer Stellen ergibt, die *b. p.* dieser Classe, so wie auch der vierten und siebenten statt findet. Wir dürfen nähmlich bey diesen drey Classen nie vergessen, dass sie auf einem vermögensrechtlichen Hervorgehn des Verstorbenen aus der Vermögensfreyheit des Patrons beruhn, dem zufolge das Erbvermögen, wie durch Obligation, als Theil des Vermögens des Freylassers angesehn werden muss und die Erben des Freylassers einen Anspruch darauf haben. Sobald Jemandes Hervorgehn aus einer andern Familie kein vermögensrechtliches sondern ein persönliches ist, so kann eine solche Obligation seines Vermögens nicht entstehn, weil die Obligation stets ein Verhältniss der Vermögens- und nicht der persönlichen Freyheit ist. Nun mag es immerhin gegründet seyn, dass das Mancipium des Vaters über den emancipirten Sohn ein eben so kräftiges Verhältniss in sich schliesse, wie die *potestas* des Herrn über den Sclaven, und darum die Manumission aus demselben in vielen Stücken dieselben Wirkungen äussere, wie die Manumission aus der

Sclaverey; so wird doch der Vater durch die Freylassung seines Sohnes niemals ein Recht erwerben können, welches ein Hervorgehn des Freygelassenen aus dem Vermögen des Freylassers voraussetzt [34]); denn der dem Vater aus der dritten Mancipation remancipirte Sohn ist nicht Theil des väterlichen Vermögens; vielmehr ist das, was diesem Mancipium innere Kraft verleiht, etwas rein Persönliches, das Familienkindesverhältniss nähmlich, welches sich früher in der Form der *potestas* aussprach, jetzt in der Gestalt des Mancipium hervortritt. Hiernach wird es nun auch einleuchten, weshalb zwar der *parens manumissor patroni* zur *b. p.* des *libertus* des letztern, nicht aber auch der *patronus parentis manumissoris* zur *b. p.* des *emancipatus* des letztern in dieser Classe berufen werden. Denn im erstern Falle ist das Erbvermögen als zum Vermögen des Patrons gehörig anzusehn, und der *parens manumissor* macht dagegen sein gesetzliches Erbrecht in der zweyten Classe, welches dem des Patrons ganz gleich steht, geltend; im zweyten Falle aber fehlt es daran, dass das Erbvermögen nicht als Theil des Vermögens des *parens manumissor* betrachtet werden, und folglich auch der Patron seine Berechtigung in der zweyten Classe auf das Vermögen des *parens manumissor* nicht auf das Erbvermögen ausdehnen kann.

---

## Nachschrift.

Vorstehender Aufsatz hat das Unglück gehabt, in einer Zeit geschrieben zu seyn, wo schon ein Aufsatz eines sehr geschätzten Juristen über denselben Gegenstand wohl fertig lag, aber dem Publicum noch nicht mitgetheilt war. Dieses ist meines Freundes und Collegen Unterholzner Aufsatz über das patronatische Erbrecht in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. V., wovon sich §. 6. S. 62—84.

---

34) Nach dieser Bemerkung lässt sich für die einzelnen bey der Sclaverey und Libertinität vorkommenden Rechte mit Leichtigkeit entscheiden, ob sie dem Vater gegen sein emancipirtes Kind auch zustehn oder nicht. Ausser der Unanwendbarkeit dieser drey Classen der *b. p.* auf den *parens manumissor* vergleiche man noch *Gai.* 1, 139. *L.* 1. *pr. L.* 2. 4. *D. Si quis a parente manum.*

auf die fünfte Classe der *b. p.* bezieht. Da indessen Unterholzners Abhandlung weder dieselbe Idee ausführt, welche hier entwickelt worden ist, noch auch etwas das hier Gesagte zum Voraus Widerlegendes enthält, so besteht das Ungemach des Verfassers blos darin, dass er bey Ausarbeitung seiner Abhandlung nicht schon auf eine andere irrige Ansicht (natürlich, wie er selbst sie ansieht) hat Rücksicht nehmen können, und nun in Gefahr gerathen ist, hinterdrein seine fertige Arbeit nach dieser Rücksicht zustutzen zu müssen. Allein zu diesem letztern Mittel habe ich mich deswegen nicht entschliessen können, weil in dem vorstehenden Aufsatze die Rücksicht auf die Göschensche Meinung einen wesentlichen Bestandtheil ausmachte, und die Zumuthung, ihn nun ganz umzuarbeiten, doch nicht durch eine ebenfalls unrichtige dritte nur zufällig neuere Ansicht hinlänglich begründet schien. Ich nehme daher meine Zuflucht zu einer Nachschrift, in welcher ich Unterholzners Meinung kurz anführen und zu widerlegen versuchen will.

Im Grunde ist diese Meinung keine neue, sondern die oben schon angeführte und abgefertigte Meinung des Theophilus, d. h. Unterholzner glaubt, dass in dieser fünften Classe der Patron und die Patroninn des Verstorbenen und die Kinder und Eltern derselben berufen wären. Das Neue besteht nur darin, dass er theils die Auctorität des Theophilus und zum Theil der Institutionen [35]) geltend zu machen sucht, theils sich bemüht, einen innern Zusammenhang in die Theophilische Meinung zu bringen. Wir wollen untersuchen, wie weit ihm das eine oder das andere gelungen sey.

Die Auctorität des Theophilus sucht Unterholzner auf folgende Weise zu rechtfertigen: Diese Materie sey noch zu Justinians Zeit anwendbar gewesen und daher lasse es sich nicht denken, dass Theophilus darüber habe im Irrthum seyn können [36]). Allein es scheint fast, als ob

35) Denn die eine hauptsächlichere und von einem andern Verfasser als dem Theophilus herrührende Stelle gibt nicht einmal eine Auctorität für diese Meinung ab, wie oben gezeigt ist.

36) a. a. O. S. 74. 75.

der Verfasser hier blos aus Liebe zu seiner Meinung Theophilus und dem Justinianeischen Zeitalter mehr Ehre erwiesen habe, als sie verdienen. Theophilus war kein Praktiker sondern ein Professor. Als solcher hätte er freylich mehr wissen sollen, als ein gewöhnlicher Advocat; allein wie es mit seinen gelehrten Kenntnissen beschaffen gewesen sey, beweisen solche Nachrichten, wie er von der Rechtskraft der Senatusconsulta, von der alten *litterarum obligatio* und mehrem Andern gibt, hinlänglich, und diese Materien standen doch in seinen Compendien. Wenn wir aber auch annehmen, dass er Praktiker gewesen sey, so waren doch wohl der Fälle, wo diese *bonorum possessiones* zur Anwendung kamen, so wenige, dass gewiss nur selten ein Advocat oder Richter sich rühmen konnte, einen solchen Fall in seiner Praxis gehabt zu haben. Da nun Gaius Institutionen [37]) und Paullus *Sententiae Receptae* [38]) nichts von diesen *b. possessiones* enthielten und man auch in der Edicts-Interpretation auf den Rechtsschulen bis zu dieser Lehre nicht kam [39]), so konnte die Veranlassung, sich darüber zu unterrichten, beym damaligen Zustande der Rechtskenntniss blos in einem wirklich vorkommenden Falle der Art liegen. Dass aber die Institutionenverfasser von der vierten und fünften Ordnung nichts verstanden, sagt uns ja der §. 5. *I. de bon possess.* mit dürren Worten. Freylich behauptet Unterholzner, dass diese *scrupulositas* und der *inextricabilis error* lediglich auf die Verwirrung zu beziehn sey, welche durch die das Erbrecht modificirenden kaiserlichen Constitutionen in diese Classe gekommen seyn möchte. Allein abgesehn da-

37) Denn Gaius bezieht sich auf eigene Werke, worin er das Erbrecht im Vermögen der Freygelassenen (3, 54.) und die Lehre von den *b. possessiones* (3, 33.) auseinandergesetzt habe. Da diese Werke nun in den Pandekten nicht excerpirt sind, so darf man gewiss annehmen, dass sie zu Justinians Zeit auch nicht mehr zu haben waren.

38) Wenigstens findet sich in den Auszügen der *Collatio*, der Westgothen und Justinians nichts darüber.

39) Die *b. possessiones* kamen erst in den vierziger Büchern der Edictsinterpretationen vor: also weder in den *protis* noch in den *partes de iudiciis* und *de rebus* stand etwas von diesem Rechtstheile. — Wäre in Papinians *responsis* eine in diesen Rechtstheil einschlagende Stelle vorgekommen, so hätte man diese sicher nicht verstanden.

von, dass eine solche kaiserliche Constitution nirgends nachweisbar und folglich die darauf genommene Beziehung willkührlich ist, so lässt sich aus der Institutionenstelle selbst auch beweisen, dass keine kaiserliche Satzungen diesen Irrthum veranlasst haben. Denn diese Stelle spricht geradezu von dem reinen unverfälschten Edictsrechte (§§. 2. 3.) und geht von demselben unmittelbar, ohne irgend eine Mittelstufe zu erwähnen, auf Justinians Constitution über das Patronatsrecht (§§. 4. 5.), wodurch zuerst jenes bis dahin gültige Edictsrecht abgeschaft oder modificirt worden sey, über. — Zum Ueberfluss will ich noch ein anderes Argument hinzufügen, woraus die völlige Unwissenheit der Institutionenverfasser über die fünfte Classe hervorgeht. Theophilus behauptet in der Paraphrase, der Prätor habe diese Classe genannt: *Unde liberi patroni et patronae et parentes eorum*; die Institutionenverfasser dagegen nennen sie: *Unde patroni patronaeque et parentes eorum* (§. 5.). Welches von beyden ist nun richtig? Man braucht nur einen Blick auf die ächten Beschreibungen dieser Classen bey Ulpian und in §. 3. *I. de bon. possess.* zu werfen, um überzeugt zu seyn, dass beydes rein erdacht ist, worauf auch schon der Widerspruch selbst führt. Man wollte doch einmal der Classe einen bestimmten gelehrten Nahmen geben; daher raffte man einige Wörter zusammen, welche in jenen unverstandenen Beschreibungen vorkamen, der eine die Kinder, der andere die Eltern, setzte das bekannte *unde* davor und war fertig. Des Theophilus Verfahren ist um so lächerlicher, als er seine Hauptperson, den Patron selbst, in dem von ihm erfundenen Nahmen nicht anbringt, sondern blos die Kinder des Patrons nennt, welche doch offenbar nicht anders zur Succession kommen konnten, als wenn ihr Vater zugleich mit berufen war.

Wenn endlich Unterholzner meint, schon die wenigen Bücher, welche den Verfassern der Institutionen als Quellen gedient, hätten hinreichen können, sie über die wesentliche Bedeutung der verschiedenen Classen der *b. p.* zu belehren, so verweisen wir blos auf den Erfolg der verschiedenen neuern Interpretationsversuche der drey Stellen, welche

aus solchen Institutionenbüchern genommen sind. Endlich können wir den Schluss von den Einsichten des Verfassers der *L. ult. C. de bon. libert.* (welcher übrigens Ulpian auch nicht ganz verstanden hat) in diese Lehre, in welche er sich natürlich gehörig einstudirt hatte, auf die Weisheit der blos allgemeingelehrten Institutionenverfasser keineswegs gelten lassen.

Mit der innern Consequenz der Theophilischen Erklärung sieht es aber noch viel schlimmer aus. Unterholzners Rechtfertigungen gehn fast sämmtlich von unrichtigen Voraussetzungen aus. Der ganze Ideengang, welchen er nimmt, läuft ungefähr darauf hinaus, dass die vierte Classe eine Anschliessung an das gesetzliche Recht, die fünfte und siebente dagegen eine Begünstigung einer dem gesetzlichen Rechte unbekannten Billigkeit, nähmlich blosser Blutsverwandtschaft, enthalten, und zwar nahmentlich die vierte Classe die Agnaten oder den Patron des Patrons (nicht auch der Patroninn) ohne Rücksicht auf *capitis deminutio* berufen habe. Die fünfte aber für den Patron und die Patroninn auf den Fall der erlittenen *capitis deminutio*, so wie auch zugleich für einige besonders begünstigte Cognaten, und die siebente endlich für die übrigen nicht begünstigten Cognaten des Patrons bestimmt gewesen sey. Hiergegen wollen wir nur einige Ausstellungen machen.

1. Um dieser Classenfolge ihre Consequenz zu sichern, wird vor allen Dingen vorausgesetzt, dass der Patron des Patrons wirklich mit in der vierten Classe gestanden habe. Allein es ist schlechterdings dem Sprachgebrauche zuwider, dass der Ausdruck *familia* sich auch auf die Patronatsberechtigten erstrecke.

2. Es erscheint gar kein gehöriger Grund, den hier angenommenen Personen der fünften Classe eine besondere Classe anzuweisen. Denn dieses kann nicht geschehen seyn wegen des Patrons und der Patroninn selber und der Kinder des ersten und der *parentes* beyder, weil diese Personen schon sämmtlich, mögen sie eine *capitis deminutio* erlitten haben oder nicht, nach Unterholzners Meinung in der vierten Classe berufen worden sind. Also bleiben als

hauptsächliche, nicht blos zufällige, Erbrechte für diese Classe nur übrig:, die der Kinder der Patroninn, und die der Mutter oder der mütterlichen Ascendenten des Patrons oder der Patroninn. Wie ist es nun aber denkbar, dass der Prätor, der eigentlich blos diese Personen beruft, daneben noch andere einzeln aufführt, welche zu berufen zunächst seine Absicht nicht ist? Alle Beyspiele in der Lehre der *b. p.*, wo eine folgende Classe schon an der Reihe gewesene Personen wieder beruft, sind, wie auch früher schon bemerkt ist, von der Art, dass ein neues Verhältniss, welches eine Succession begründen soll, nur zufällig schon berufene Personen wieder mit umfasst. Dass aber schon berufene Personen in einer neuen Classe einzeln wieder aufgezählt würden, ist durchaus beyspiellos und der ganzen Art der prätorischen Erbfolge zuwider.

3. Das Princip dieser Classe soll das der mehr begünstigten Cognaten seyn. Ein solches Princip ist dem prätorischen Recht erweislich ganz fremd. Denn wäre es wirklich vorhanden, dann müsste auch der Classe *unde cognati* bey Freygebornen erst noch eine eigene Classe dieser bevorzugten Cognaten voraufgehn. Da dieses nun nicht der Fall ist, so müsste man nach Unterholzner annehmen, dass der Prätor hier in einen grossen Widerspruch mit sich selbst gefallen sey.

4. Auch die Art der hier angeblich bevorzugten Cognaten ist völlig ohne zureichenden Grund. Welche Cognaten der Prätor als besonders nahe ansieht, hat er in der Classe *unde decem personae* gezeigt [40]). Durch das ganze Römi-

40) Wir nehmen uns die Erlaubniss, bey dieser Gelegenheit die Frage zu beantworten, warum der Prätor gerade jene zehn Personen dem *extraneus manumissor* vorzog. Dieses war auch keineswegs eine blosse willkührliche Begünstigung, sondern der Grund davon liegt in Folgendem. Jene zehn Personen sind bekanntlich die Cognaten des ersten und zweyten Grades. Bedenkt man nun, dass ein jeder *manumissor* als solcher im zweyten Grade der (Quasi)Agnation steht, die Agnation der Art nach deswegen stärker ist als die Cognation, weil sie die natürliche Verwandtschaft ($= a$) + der Familienbeziehung ($= \alpha$) enthält, das Recht des *extraneus manumissor* aber das Moment *a* entbehrt und blos $\alpha$ hat, alle Agnation ferner auf der Cognation als ihrer Wurzel beruht und diese folglich ihr stärkeres Moment ist, aber doch auch alle Verwandtschaft nach dem Willen des Civilrechts blos durch die Nähe

sche Intestaterbrecht bis auf Justinian geht der Satz hindurch, dass die Geschwister wenigstens kein schlechteres, sondern eher noch ein stärkeres Recht haben, als die Ascendenten. Warum fehlen also diese hier?

5. Es ist allen prätorischen Grundsätzen und der Natur der Sache zuwider, dass über die Descendenten hinaus zwischen einer Cognation durch *capitis deminutio* und durch weibliche Abstammung unterschieden würde. Nach Unterholzners System aber würden die — auch nicht bevorzugten — Cognaten des Patrons durch *capitis deminutio* den — bevorzugten — Cognaten seiner fünften Classe vorgehn.

6. Was berechtigt auch dazu, die siebente Classe auf die nicht bevorzugten Cognaten des Patrons zu beziehn? —

Aber dieses wird schon genügen, den Mangel an allem Zusammenhange, an welchem die Theophilische Erklärung dieser Classe leidet, in volles Licht zu setzen.

Was die von Unterholzner gegen Göschen vorgebrachten Gründe betrifft, so treffen einige derselben mit den unsrigen überein; alle möchte ich aber nicht unterschreiben. Jedoch würde eine genauere Darlegung derselben ohne hinlängliches Interesse seyn.

---

## *Dritter Aufsatz.*

## Von der vierten und siebenten Classe der *bonorum manumissi civis Romani possessio.*

> *Societas hominum coniunctioque servabitur, si ut quisque erit coniunctissimus, ita in eum benignitatis conferatur plurimum.*
> *Cic. de offic.* 1, 16.

Als ich die fünfte Classe der *b. p. liberti intestati* im vorhergehenden Aufsatze aufs Reine zu bringen suchte, bemerkte ich, dass kein dauerndes Heil für dieselbe zu hoffen sey,

---

des Grades gilt, so folgt hieraus, dass 1) dem *extraneus manumissor* einige Cognaten vorgehn müssen und zwar 2) die bis zum zweyten Grade *inclus.* 3) er jedoch denen über den zweyten Grad hinaus wieder vorgezogen werden muss. — Einen der Hauptgründe in obigem Räsonnement führt Ulpian. *Collat.* 16, *ult.* an: *ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret.*

wenn nicht eben so auch die vierte und siebente Classe einer gründlichen Untersuchung unterworfen und mit derselben Festigkeit näher bestimmt würden. Ich will daher in den nächstfolgenden Blättern die Idee, welche ich beyläufig in jenem Aufsatze über diese Classen schon geäussert habe, näher erörtern.

Um wieder einen sichern Boden für die Interpretation vieldeutiger Wörter zu gewinnen, gehn wir von einigen Bemerkungen über den Geist des auf dem Patronate beruhenden Erbrechts überhaupt aus. Nach altrömischem Rechte kann auf doppelte Weise Jemand in die Staatsgemeinde (als quiritarisch freyer Mensch) eintreten; theils durch Geburt, wo der neue Ankömmling gleichsam nur der Sprosse eines freyen Stammes, von Anfang seines Daseyns an frey ist (*liberi*, im Gegensatze derjenigen, welche von Anfang an als Unfreye in den Staat eintreten, *servi*); theils durch Manumission aus dem Sclavenstande, wo er, ursprünglich unfrey, erst zum Freyen gemacht wird (*libertus i. e. liberatus*) [1]). Freylich ist nun letzterer nicht wirklich Fortsetzung der Familie und der ihn freygemacht hat, nicht wahrhaft sein Erzeuger, aber da dieser ihn, obschon nicht aus seinen Lenden, doch aus seinem Gut zum Daseyn erweckt hat, so muss doch hieraus ein dem wirklichen analoges verwandtschaftliches Verhältniss und eine der wirklichen nachgeähnelte Schutzvaterschaft (*patronus*, *patronatus* [2])) entstehn. Im Vergleich zu wirklicher Verwandtschaft muss aber, da der Patron gleichsam nur Vatersstelle vertritt, das Verhältniss ähnlich gedacht werden, wie das zwischen Bruder und Schwester, welche auch nicht von einander abstammen, sondern von einem dritten, doch aber die letztere dem ersteren auch, nur nach Geschlechtsrecht,

1) Nicht ohne Geist sagt *Isidor. Orig.* 9, 5. *med. Filii autem ideo in legibus liberi appellantur, ut isto vocabulo secernantur a servis: quia sicut servus in potestate domini, sic filius in potestate est patris. Inter* (*L. Similiter*) *etiam filios* (*L. filii* oder *filiif.*) *fit emancipatio, ut sit liber a patre, sicut fit servo* (*servi*) *manumissio, ut sit liberatus a domino. Ibid.* 9, 4. *Libertus autem vocatus quasi liberatus.*

2) Denn die *patroni* sind nach Römischem Rechte ἡγεμονικοὶ καὶ βοηθικοί. S. *Zonar. Annal. Tom. II. p.* 6. *Hesych. v.* πάτρωνος. Ueber die Ableitung vgl. *Fest. v. patronus* (restituirt).

unterthänig ist. Und zwar muss man, wenn man dieses Verhältniss recht genau nach verwandtschaftlicher Weise bestimmen will, sagen: Der Patron und der Freygelassene sind zu betrachten wie ein agnatisches Geschwisterpaar von einem nicht vorhandenen fingirten Vater, an dessen Stelle der Patron das Schutzrecht über den Freygelassenen hat noch in höherm Grade, als ein Bruder über seine Schwester [3]). Ist dieses aber die zwischen dem Patron und Freygelassenen bestehende Art fingirter Verwandtschaft, so kann man auch nicht zweifeln, wie dieselbe fortgesetzt werden müsse. Auf die Kinder des Freygelassenen kann dieses Schutzverhältniss nicht übergehn, weil diese überhaupt nicht *liberti* sondern *ingenui* sind, und für den, welcher einen *pater* hat, sich kein *patronus* denken lässt; wohl aber leidet diese Verwandtschaft auf Seiten des Patrons eine gattungsmässige Fortsetzung. Denn Privatrechte stehn immer den Individuen in der Gattung zu, und erwachen nach dem Tode des vorhergehenden Gliedes für die dadurch zur Freyheit kommenden *patresfamilias*, d. h. die in der Familie hinzugeborenen Kinder, von selbst. So also auch das Patronatsverhältniss. Danach entscheidet sich nun leicht die Frage: ob nicht auch die Agnaten des Patrons ausser dessen *suis*, Bruder, Oheim u. s. w. eigentlich Quasi-Agnaten des Freygelassenen seyn müssten? Dieses ist ganz unmöglich, weil sie nicht mit ihm von demselben Stammvater abstammen. Der Vater, welcher dem Freygelassenen mit dem Patron gemein ist, ist ja nicht der wirkliche Vater des Patrons, sondern ein nicht vorhandener, in der Freylassung gleichsam fingirter, in Beziehung auf welchen Patron und Freygelassener sich zu dem *consanguineus* des ersten etwa, wie vollbürtiger Bruder und Schwester zu einem andern Bruder, mit dem sie nur die Mutter gemeinschaftlich haben, verhalten [4]). Es ist daher

---

3) In höherm Grade deswegen, weil Bruder und Schwester der Art nach gleich sind, und nur dem Grade nach verschieden; denn sie sind derselbe Same, also liberi; wogegen der freygelassene Freye erst aus dem Tode der Unfreyheit erweckt und folglich der Art nach von seinem freyen Patron verschieden ist.

4) Dieses ist auch im Namen der Freygelassenen mit Consequenz angewandt. So wie der erste Stammvater der Julier *Iulus* hiess und dessen Söhne blos das *nomen gentilitium* gemein, jeder aber ein beson-

ein ungegründeter Vorwurf, wenn man sagt, das alte Civilrecht (welches niemals inconsequent ist) habe sich einer Inconsequenz schuldig gemacht, indem es die Agnaten des Patrons über die Kinder hinaus nicht auch als Quasi - Agnaten des Freygelassenen angesehn habe [5]).

Alles Intestaterbrecht ist nun ursprünglich weiter nichts, als das Zurücktreten der den ausgegangenen Familiengliedern mitgetheilt gewesenen Lebenskraft in die noch lebendig fortblühenden obern Glieder, angewandt auf das Vermögen, als denjenigen Theil des Rechtslebens des Verstorbenen, welcher allein *in rebus humanis* zurückbleibt. Daher war es nothwendig, dass das Vermögen eines Freygelassenen, sobald dessen Familie und die derselben inwohnende Vermögensfreyheit nicht durch neue Sprossen fortdauerte, d. h. sobald der Freygelassene ohne *sui* verstarb, so wieder zu der übrigen Gattung zurückstrebte, wie es aus derselben beym Entstehn sich herausentwickelt hatte. Danach aber erhielt — und so verordnete es das Zwölftafelgesetz — derjenige, welcher in der fingirten Seitenlinie der nächste war, nach dem kinderlosen Tode des Freygelassenen, das Vermögen desselben in seine Freyheit zurück; denn er war die nächste Darstellung der Gattung in einem Individuum, auf welche das Vermögen stiess [6]). Ein

---

deres *cognomen* haben von irgend einem merkwürdigen Umstande, so hat der Freygelassene mit seinem fingirten Bruder, dem Patron, wohl das *nomen gentilitium*, nicht aber auch das *cognomen* (wie die Agnaten des Patrons) gemeinsam, sondern dieses entlehnt er von dem für ihn so merkwürdigen Umstande, dass er als Sclav z. B. immer Tiro genannt worden ist.

5) So Unterholzner in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 78.

6) Betrachte man also das Gesetz der zwölf Tafeln: *proximus agnatus familiam habeto*, ja nicht als eine erste beste Verordnung darüber, wer nach den *sui* erben müsse; bey der es nur die zufällig genauere Wortfassung veranlasst habe, dass der Brudersohn dem Bruder nicht eben so, wie der Enkel dem Sohne gleichberechtigt ist. Alle *sui* erwachen in ihre Vermögensfreyheit mit dem Freywerden in der Familie durch den Tod des Vaters. Daher ist dieses keine Erbschaft. Stirbt aber ein Agnat, so geht wirklich eine neue Gestaltung der Familie so weit sie im Vermögen ist, vor, und umfasst dasjenige Individuum in der Gattung, welches sie zunächst findet. So auch in allen ähnlichen Formationen des Rechtslebens, z. B. wenn Jemand verspricht *Kalendis Martiis dari*, wo nicht alle *Kalendae Martiae* sondern blos die nächsten die Obligation ergreifen.

Recht zu erben können also blos der Patron und seine agnatischen Kinder haben [7]); denn sie sind es allein, welche mit dem Verstorbenen in Gattungsgemeinschaft stehn. Soll das Vermögen ausser ihnen an einen andern kommen, so ist dieses blos durch Occupation möglich und in dieser hat allerdings der Prätor, indem er dem nicht ausgesprochenen Willen des Civilrechts auch den Arm seiner Magistratsgewalt lieh, mehre Personen begünstigt. Zuerst stellt er in die Reihe der *b. possessiones* überall die Kinder der Familie, mögen sie es noch seyn (*sui*), oder blos durch die Willkühr des *paterfamilias* daraus verstossen seyn (*emancipati*). Daraus folgt also für die *b. p. liberti intestati* ein Vorzug der *emancipati* vor dem Patron, wie bey der prätorischen Beerbung eines Freygebornen, vor den Agnaten. Ausser der Zurücksetzung des *emancipatus* gegen den *suus* liegt aber auch in der gesetzlichen Erbfolge der Priorität nach kein Verstoss des civilrechtlichen Buchstabens gegen den civilrechtlichen Willen. Daher folgt auf die Classe *unde liberi* sofort die *unde legitimi*, also *sui*, *agnati proximi* oder *patronus* und dessen Kinder und Gentilen. Hierauf fängt das Reich der Billigkeit allein ohne Conflict mit dem gesetzlichen Rechte an. Die Billigkeit nimmt aber zunächst Rücksicht auf die Nähe des Bluts des Verstorbenen, weil so wie die *emancipati* den *sui* gleichgesetzt sind, die Cognaten wenigstens nach den Agnaten einen Platz verdienen [8]), daher die Classe *unde cognati* unmittelbar auf die *unde legitimi* folgt. So weit gehn die prätorische Erbfolge in die Güter eines Freygebornen und die in das Vermögen eines Freygelassenen durchaus Hand in Hand. Bey ersterm kennt die im Civilrecht liegende *na-*

7) Natürlich von der *gens* abgesehn; denn diese ist ja dem Freygelassenen und dem Patron gemein, und das Vermögen des einen und des andern blos eine besondere Abtrennung desselben Vermögens, welches der ursprüngliche Stammvater der *gens* in seinem Samen vereinigt und welches auch wieder zusammenstrebt. Ist daher die Quasi-Agnation ausgestorben, so ist das entfernter umschliessende Geschlechtsband der *gens* nun das nächste und das Vermögen kommt an die Gentilen.

8) Den Grund warum der Prätor die Cognaten durch *capitis deminutio* nicht ebenso den Agnaten wie die *emancipati* den *sui* gleichstellte, werde ich bey einer andern Gelegenheit nachholen.

*turalis aequitas* kein Verhältniss weiter mehr, welches zum Besitz des erblosen Guts berechtigte, als die freye, jedoch rechte Ehe, welche wegen der bey ihr ursprünglich eingetretenen *manus* auf eine Vereinigung des Guts des verstorbenen Ehegatten einen zwar entfernten aber doch noch wohl begründeten Anspruch gab [9]); daher hier sofort die Classe *unde vir et uxor* folgt. Ganz anders dagegen verhält es sich mit dem Freygelassenen. Während nähmlich beym Freygebornen alle Erbfolge blos darauf begründet seyn kann, dass er aus der Gattung als ein ferneres freyes Individuum hervorgegangen ist, dessen Freyheit geschlechtlich wieder zurückstrebt, tritt beym Freygelassenen ausser dieser geschlechtlichen und folglich persönlichen Rücksicht (auf welcher das Civilerbrecht des Patrons und in der *b. p.* die Classen *unde legitimi* und *unde cognati* beruhn) noch eine vermögensrechtliche Rücksicht ein; die nähmlich, dass er aus dem Vermögen des Patrons hervorgegangen ist und sein später erworbenes Gut, wenn er nicht manumittirt wäre, bey diesem Vermögen geblieben seyn würde, daher auch jetzt diess Vermögen zu jenem des Patrons, welchem es seine Existenz verdankt, wieder zurückgebracht werden muss [10]).

---

9) Durch die *in manum conventio* beerbte der Mann die Frau bey deren Lebzeiten und die Frau den Mann nach dessen Tode. Tritt nun keine *manus* zu einer vorhandenen Ehe hinzu, konnte aber zu derselben als einem *iustum matrimonium* hinzutreten, so ist die Frau zwar nicht Cognatinn des Mannes, was sie nur um der Agnation willen in der *manus* gewesen seyn würde. Dennoch aber liegt in diesem Verhältnisse eben so dies natürliche Element zur strengen Ehe, wie in der Cognation das zur Agnation. Also hatten Eheleute nicht einen den Cognaten gleichen Anspruch, aber doch noch einen Anspruch.

10) Man wende nicht ein, dass diese vermögensrechtliche Rücksicht ja auch bey Freygebornen statt finde, weil z. B. ein durch *flaminium diale* aus der väterlichen Gewalt getretener Sohn sein Vermögen auch diesem Austritt aus der väterlichen Gewalt verdankte. Denn beym Sohn ist die Vermögensfreyheit desselben blos als ein Zweig seiner persönlichen Freyheit in der Familie des Vaters aufgehoben und hat in derselben kein besonderes Lebensprincip, daher es auch nicht möglich ist (*iure civili*), dass jemanden seine Vermögensfreyheit ohne die persönliche Freyheit genommen werden könne: so wenig als einem Menschen seines Leibes Leben ohne das des Geistes entzogen werden kann. Dagegen im Sclaven ist blosses Unfreyheits- (Vermögens) leben von Anfang an, aus welchem er unmittelbar in die persönliche Freyheit eintritt, daher sich dieses auch für sich nachher geltend machen

Hieraus folgt, dass nach der Classe *unde cognati* (welche, wie das Persönliche dem Vermögensrechtlichen überhaupt, so auch dieser neuen Classe noch vorgehn musste) denjenigen ein Recht auf Besitz der Erbschaft des Freygelassenen gesichert werden muss, welche, wenn die Freylassung nicht erfolgt wäre, all sein Gut jetzt haben würden, und zwar, wie sich von selbst versteht, nach civilrechtlichen Grundsätzen; d. h. zunächst wieder der Patron und dessen Kinder; sind diese aber nicht vorhanden, die Agnaten desselben, oder wenn der Patron selbst ein Freygelassener war, der Patron desselben mit seinen Kindern, und endlich nach allen diesen die Gentilen. Nach Beseitigung dieses Anspruchs (IV. V. Classe) kann erst auf die Ehe Rücksicht genommen werden (VI. Classe), welche nicht auf einem Hervorgehn weder aus dem Geschlecht noch aus dem Vermögen beruht, sondern auf einem Hinzutreten von aussen, welches durch die Freylassung erst vermöglicht wurde, und nach dieser Classe folgt endlich die Classe der Cognaten des Manumissors; diese verdienten nähmtich dem Ehegatten nicht vorgezogen zu werden, weil sie erstens sich nicht auf das Recht und eine Aufopferung, wodurch die Ehe erst möglich geworden, berufen konnten und zweytens auch nicht in einem unmittelbaren Verhältnisse zu dem Freygelassenen standen, welches mit dem Ehegatten allerdings der Fall war. Dagegen verdienten sie doch überhaupt noch eine *b. p.*, weil sie den mittelbaren Billigkeitsanspruch anführen konnten, den sie auf das Vermögen, welches der Freygelassene durch seine Ausscheidung aus der Gewalt seines Herren verringert hatte, und dadurch also auch auf dieses ausgeschiedene Gut des Freygelassenen selber hätten. Dass übrigens unter den Personen dieser Classe auch der Patron wieder an der Spitze stand — hier aber blos nach dem Princip dieser Classe, also als nächster Cognat oder besser als Ausgangspunct der Cognation, welche auf das verringerte Vermögen ein Anrecht hatte — versteht sich von selbst.

---

kann. Aus dieser Anschauung des Rechtslebens sind (was ich gelegentlich bemerke) die Fragen über die *ademptio usus usufructu legato* u. dgl. leicht zu beantworten.

So allein, wie hier dargestellt ist, kann die Stufenleiter der *b. liberti intestati p.* beschaffen gewesen seyn, oder sie war unweise, unbillig und incivil, was wir doch nicht annehmen dürfen [11]). Mit diesen Principien ausgerüstet dürfen wir daher und müssen wir an die Prüfung der Quellen gehn. Und zwar soll zuerst von der vierten Classe die Rede seyn.

Ulpian 28, 7. bezeichnet die Personen, welche hier berufen werden mit Einem Worte: *familiae*, und eben so sagt er auch in der *Collat.* 16, 9. die fünfte Classe werde *post familiam patroni* berufen. Die Institutionen in §. 3. *de bon. possess.* d. h. in der Stelle, welche aus einem alten Juristen wörtlich ausgeschrieben ist, nennen diese Classe: *tamquam* (oder *tum quam*) *ex familia*, woraus Einige *tum qua ex familia*, Cuiacius aber *tum quem ex familia* gemacht haben. Derselbe Ausdruck wird als Nahme dieser Classe in §. 5. *I. de bon. possess.* wiederholt und Theophilus übersetzt ihn selbst ὡσανεὶ ἐκ φαμιλίας.

So viel ist klar, dass hier Alles auf den Ausdruck *familia* ankommt, unter dieser *familia* aber die des Patrons zu verstehn ist, wie die Stelle der *Collatio* klar und auch die der Institutionen und des Ulpian, wenn man sie richtig construirt, erweisen [12]). Das Wort *familia* ist aber vieldeutig. Offenbar kommt es her von *famulari* und der Grundbegriff desselben ist der des Dienens, der Unterwerfung. Diesen Begriff aber angewandt auf das menschliche Gattungsleben, als in welchem sich alle Rechtfähigkeit und folglich auch die über andere Individuen sich erstreckende Freyheit entfaltet, so bedeutet *familia* im allgemeinsten Sinne den Inbegriff der in der Familiengewalt Jemandes vereinigten Gegenstände, sowohl Personen als Sachen. Jedoch zerspaltet sich diese allgemeinste Bedeutung, in welcher das Wort vielleicht nur in einer Stelle der zwölf Tafeln [13]) vor-

11) *Acquissimum ordinem praetor secutus est*, sagt Ulpian von der Folge der *b. possessiones* im Edict. *L. 2. pr. D. de b. p. s. t.*

12) Ueber die Institutionenstelle siehe oben S. 59 flg.

13) *Cic. de invent.* 2, 50. *Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto.* Jedoch werden diese Worte der zwölf

kommt, sogleich wieder in mehre besondere Bedeutungen, je nachdem das eine oder das andere Speciellere in dem Generischen mehr hervorgehoben wird. Daher bezieht sich *familia* oft blos auf das Vermögen mit Ausschluss der Personen, wie in der Verordnung der zwölf Tafeln über das Erbrecht der Agnaten und Gentilen [14]) und in andern Stellen; oft blos auf die durch Familiengewalt vereinigten Personen. Aber auch hier bezeichnet das Wort theils wieder den Inbegriff der Jemanden gehörenden Sclaven [15]), theils geht es blos auf die freyen durch Familiengewalt verbundenen Personen. Letztere Bedeutung ist, wenn nicht gerade von Sclaven die Rede ist, bey weitem die gewöhnlichste des Worts und wir können sie so näher bestimmen, dass nach ihr die *familia* das rechtliche Gattungsdaseyn oder, concret ausgedrückt, die nach dem Rechte der Gattung unter sich vereinigten Individuen bezeichnet (bey Ulpian *corporis cuiusdam significatio* [15*]). So steht das Wort in den Zusammensetzungen *paterfamilias*, *materfamilias*, *filiusfamilias*, welche Ausdrücke die verschiedenen Stellungen, die ein Individuum, insofern es Gattung ist, einnehmen hann, angeben und zugleich die Personen, welche die *familia* in diesem Sinne constituiren, erschöpfen. Denn die Verhältnisse der Sclaven und der Mancipirten beruhen zunächst nicht auf Entfaltung des Gattungslebens und gehören daher nicht zur *familia* in diesem Sinne [16]). Jedoch auch in die-

---

Tafeln in andern Stellen bekanntlich anders angeführt. Vgl. Dirksen Uebersicht der Versuche zur Kritik der Zwölf-Tafel-Fragmente S. 320 flg.

14) *L.* 195. §. 1. *D. de V. S.* (*Ulp.*) *Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est. nam et in res et in personas deducitur. In res, utputa in lege duodecim tabularum his verbis: adgnatus proximus familiam habeto.* Vgl. über andere Stellen, wo diese Bedeutung vorkommt, *Brisson. de V. S. v. familia* §. 1.

15) *L.* 195. §. 3. *D. de V. S.* Vgl. *Brisson. l. c.* §. 6.

15*) *L.* 195. §. 2. *D. de V. S. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae etc. Cf. Fest. v. Familia.*

16) Dass die Enkel in der Gewalt keine besondere Familienbezeichnung durch die Sprache erhalten haben, folgt aus der Natur ihrer

sem eigentlichen Sinne kommt *familia* theils wieder in engerer, theils in weiterer Bedeutung vor. Zunächst nähmlich nennt man so nur den Inbegriff der Personen, welche unter desselben *paterfamilias* Gewalt vereinigt und ihm nach den Gesetzen der Gattung wirklich oder gleichsam zugeboren sind (*agnati*). Allein auch nachdem das Gewalt habende Haupt durch Tod oder auf andere Weise ausgeschieden ist, behält man den Nahmen für die übrigen bey, weil durch dieses Ereigniss das Gattungsverhältniss dieser Personen untereinander kein anderes wird, sondern sich nur naturgemäss aus der Familienunfreyheit zur Familienfreyheit, in derselben Familie jedoch, gestaltet [17]). In dieser weitern Bedeutung sieht man also nicht, wie in der engern, auf das Verhältniss der durch die Gewalt vereinigten Personen zu dem Gewalthaber, sondern auf ihr Verhältniss untereinander, welches, einmal vorhanden, von dem erzeugenden Grunde unabhängig ist und daher nach Wegfallen jenes erzeugenden Grundes nicht auch wegfällt. Nur dadurch vielmehr, wenn ein Glied der einen Familie, einerley ob noch unter der Gewalt oder nicht, von einer andern Familie ergriffen würde, d. h. wenn es eine *minima capitis deminutio* erlitte, wird sein voriges Gattungsverhältniss und die *familia*, so weit sie in ihm ist, zerstört werden müssen. — Diese letzte erweiterte Bedeutung von *familia* ist nun, wenn auch nicht so gewöhnlich wie die engere, doch ebenfalls hergebracht und nahmentlich da anzunehmen, wo von familienfreyen Personen die Rede ist. Wird uns also die *familia* Jemandes genannt, der eine *b. p.* zustehn solle, so sind darunter folgende drey Arten von Personen zu verstehn:

---

Stellung. Denn sie sind weiter nichts als die *familia* des Sohnes, aber noch im gebundenen Zustande, und so wie es unvollständige Darstellungen des Gattungslebens gibt, wenn Jemand z. B. noch keine *uxor in manu* oder doch noch keine Kinder in der Gewalt hat, eben so lassen sich übervollständige denken.

17) Ulpian a. a. O. nennt die erste engere Bedeutung *iure proprio* und die zweyte weitere *iure communi*. *Communi iure*, sagt er, *familiam dicimus omnium agnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte eiusdem familiae appellabuntur*, *qui* (*L. quia*) *ex eadem domo et gente proditi sunt*.

1) er selbst; 2) seine Kinder und *uxor in manu*, von denen aber es sich von selbt versteht, dass die Gewalt über sie z. B. durch Tod des Vaters oder Ehemanns schon aufgehört habe, weil sie sonst kein besonderes Vermögen haben und ihnen auch nicht besonders deferirt werden kann; 3) alle seine *agnati*, d. h. alle welche mit ihm aus derselben Familiengewalt hervorgegangen sind, jedoch ohne weitere Rücksicht auf diese Gewalt.

So müssen wir denn also auch hier wohl *familia* nehmen, wenn anders nicht die allgemeine Entwickelung dieser Classe eine andere Bedeutung heischt. Allein in der That trifft unsere obige Entwickelung dieser Classe mit dem eben ausfindig gemachten Sinne von *familia* aufs genauste zusammen, indem uns beyde dieselben Personen liefern. Steht es nun aber fest, dass die in dieser Classe berufenen Personen der Patron selbst, dessen civilrechtliche Kinder und die speciell s. g. Agnaten sind, so können wir nach dem oben gefundenen Principe der Billigkeit, welches den Prätor auf diese Classe führte, darüber nicht zweifeln, in welcher Ordnung diesen Personen deferirt werde. Jenes Princip war, dass derjenige das Vermögen des Freygelassenen bekommen solle, welcher es jetzt haben würde, wenn der Freygelassene als Sclav Theil des Vermögens des Patrons geblieben wäre. Darin liegt nichts anderes, als der leichter so aufzufassende Grundsatz: es gilt hier die nähmliche Erbfolge, welche in das ganze Vermögen des Freylassers gilt, nur dass, wenn der Patron selbst noch an der Spitze der Familie steht, er selbst auch die Person ist, deren Vermögen jetzt dieses Stück abgeht und daher jetzt zuerst wieder zuwachsen muss. So ergeben sich dann folgende Unterclassen: 1) *patronus*, *patrona* (*parens manumissor*), 2) *liberi patroni et uxor quae fuit in manu patroni*, 3) *agnati proximi patroni*, *patronae* (*parentis manumissoris*) [18]).

---

18) Dass der Patron und seine Kinder auch wieder mitgerufen werden, wird nach dem Gesagten hoffentlich nicht befremden. Beyde Personen sind als solche nicht gemeint, sondern diejenigen will der Prätor zunächst zulassen, denen durch die Freylassung der beym Patron befindliche Zweig des grossen Familienguts verringert worden ist.

Ehe wir nun diese Personen einzeln untersuchen, wollen wir nur eine Bemerkung über den Nahmen dieser Classe machen. Dieser wird fast durchgängig in den Handschriften der Institutionen und des Theophilus *tanquam ex familia* genannt. Alle neuern Juristen aber haben diesen Nahmen für verdorben gehalten und zu emendiren versucht; allein bey der so grossen Uebereinstimmung der Handschriften, besonders da diese Verderbniss schon über Theophilus, der diese Worte so wie sie in den Handschriften lauten, ins Griechische übersetzt hat, hinausreichen müsste, ist dieses immer sehr bedenklich. Ich glaube daher, dass *tanquam ex familia* durchaus ächt und zwar der Anfang der Stelle des Edicts sey, in welcher die Personen dieser Classe berufen wurden. Diese Stelle mag nähmlich etwa so gelautet haben: *tanquam ex familia patroni patronaeve is, de cuius bonorum possessione agitur, non exisset, cui ex ea familia eorum bonorum possessio ex edicto meo competeret.* Gibt man diese Ergänzung zu, wie sie denn gewiss sehr wahrscheinlich ist, dann wäre im Grunde *familia* in jener Benennung dieser Classe in dem allgemeinern Sinne für den ganzen Hausstand gesetzt und nur zum zweyten Male liesse es sich so nehmen, wie Ulpian in den Fragmenten und in der *collatio* es genommen hat; die Institutionen hätten alsdann die Fiction, deren das Princip dieser Classe bedarf, angeführt, Ulpian dagegen die Personen welche zufolge jener Fiction hier berufen werden.

Wir gehn jetzt dazu über, das Erbrecht dieser Classe näher zu bestimmen. Zuerst fragt es sich, ob hier auch die *familia patronae* berufen werde? Ohne Zweifel steht sie eben sowohl, wie die *familia patroni* unter dem Prin-

---

Diess sind nun in der That die Agnaten. Wenn aber die Familie des Patrons in seiner oder seiner Kinder Person noch fortlebt, so ist den Agnaten in der That noch nichts durch die Freylassung entgangen, weil auch ohne diese sie das Vermögen des Patrons noch nicht gehabt haben würden. Damit aber für die Zukunft ihnen die Freylassung nicht etwas entziehe, muss der Patron oder dessen Kinder mit zu dieser Erbfolge gelassen werden. — Wenn ich übrigens mit diesen Worten die Sache fasslicher dargestellt habe, so muss ich mich zugleich gegen falsche Schlussfolgerungen aus derselben, z. B. hinsichtlich der Berechtigung des *emancipatus patroni filius* in dieser Classe verwahren.

cip dieser Classe und ist daher ebenfalls vom Prätor berufen worden. Unterholzner will sie von dieser Classe ausschliessen [19]), aber aus Gründen, welche sich schwerlich halten lassen. Diese Gründe sind nähmlich erstens, dass die Stellen, denen wir die Kenntniss dieser Classe verdanken, die *patrona* hier nicht nennen, während dieselbe in der folgenden Classe sehr bestimmt mit genannt wird, und zweytens, dass diese Ausschliessung aus dem Geiste des Voconischen Gesetzes folge. Allein beyde Behauptungen sind irrig. Was die Stellen betrifft, so kann der Ausdruck in der Stelle der *Collatio*, welche nicht die Personen der vierten sondern die der fünften Classe angeben will und nur, um letztere zu bezeichnen, die Personen der vierten Classe im Vorbeygehn nennt (*post familiam patroni vocat praetor etc.*), begreiflich nicht als gewichtvoll mit aufgeführt werden, sondern es gilt von ihr die Regel, dass, wenn man sich kurz ausdrücken will, das männliche Geschlecht das weibliche mit enthält. In Ulpians Fragmenten ferner steht freylich in der ausdrücklichen Anführung der Personen dieser Classe blos *familiae patroni.* Aber diese Stelle kann auch nicht als vollgültige Zeuginn gelten, weil die Handschrift hinter *patroni* offenbar eine Lücke hat, die wahrscheinlich eben durch die Wiederholung des Worts *patronaeve*, welches bald darauf auch wiederkehrt, entstanden ist. Daher muss man nicht blos *quinto* hineinsetzen, wie die Herausgeber gethan haben, sondern: *patronaeve; quinto.* Ebenfalls irrig ist aber auch die Behauptung, dass die Ausschliessung der *familia patronae* aus dem Voconischen Grundsatze herfliesse. Dieser stellt den weiblichen Theil der Familie gegen den männlichen zurück. Hier aber wird, wie ich früher schon bemerkt habe, nicht nach dem Grunde des civilen Gattungsverhältnisses, in welchem die Person des Freygelassenen zu dem Patron steht, berufen, für welche allein die Voconische Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts gilt, sondern aus dem Gesichtspuncte, dass das Vermögen

19) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. B. V. S. 66. 67. 79. 82.

des Freylassers durch die Freylassung vermindert ist und daher das Gut des Freygelassenen den Personen gebührt, welche es erhalten haben würden, wenn er nicht freygelassen wäre. Diese blos vermögensrechtliche Rücksicht aber hat natürlich mit dem Voconischen Grundsatze nichts zu thun, und weil Frauen eben so gut wie Männer Eigenthum und Vermögen haben, so muss auch die Erbschaft des Freygelassenen nach dem Principe dieser Classe mit dem Vermögen der Patroninn wieder vereinigt werden [20]. Ja es ist beynahe noch mehr Grund für die Succession der *familia patronae* als *patroni* vorhanden, weil das Vermögen der Weiber noch mehr als das der Männer den Agnaten erhalten werden muss. Des Grundes endlich nicht zu gedenken, welcher sich ganz unmittelbar noch aus der fünften Classe ergiebt, wo entschieden die den Agnaten entsprechenden Patronatsberechtigten ohne Unterschied zwischen Patron und Patroninn zur Succession kommen.

Bey der nun folgenden Betrachtung der einzelnen Personen, welche aus der *familia patroni patronaeve* die *b. p.* erhalten können, der Ordnung, in welcher, und der Theile, zu welchen sie erben, werden wir wohl thun, zunächst von dem Falle abzusehn, dass sich in der Familie des Patrons oder des Freygelassenen eine *capitis deminutio* ereignet hat. Hier ergibt sich nun aber alles Einzelne von selbst durch eine blosse Anwendung der gewöhnlichen civilen Beerbung des Patrons selbst durch seine *familia* auf die Beerbung seines Freygelassenen. Demnach wird, wenn der Patron selbst, als welchem zuerst deferirt wird, nicht mehr lebt, zunächst seinen Kindern angebothen werden und zwar diesen ohne Rücksicht auf Gradesnähe, ganz so wie sie zur *b. p. unde liberi* oder *contra tabulas* berufen werden. Ob also auch den *emancipati* und den ihnen gleichstehenden aus der Familie gegangenen Kindern? Dieses hängt von der Frage ab, ob diese Classe eine blosse Uebertragung der Classe *unde*

20) In einer andern Beziehung wird allerdings die *ratio Voconiana* in dieser Classe zur Anwendung kommen; denn es wird hier nur die *consanguinea* des Patrons berufen, nicht auch die in entferntern Graden stehenden *agnatae* desselben.

*legitimi* auf das Vermögen des Freygelassenen ist, oder ob sie die beyden Classen *unde liberi* und *unde legitimi* in sich vereinigt. Für jenes scheint zu sprechen erstens der Nahme *familia;* denn die *emancipati* sind aus der *familia* herausgegangen und werden von diesem Ausdruck nicht mit umfasst; ferner dass es scheint, als hätten bey einer besondern Berücksichtigung des civilprätorischen Kindesverhältnisses auch hier, wie bey Beerbung des Patrons selber, zwey Classen gemacht werden müssen, *unde patroni liberi* und *unde patroni legitimi;* endlich, dass wenn dem *emancipatus* des Patrons des Freygelassenen Vermögen hingegeben wird, dieses dadurch den Agnaten des Patrons entgeht. Allein alle diese Gründe sind nur scheinbar und nicht aus der Wahrheit; denn diese verlangt nach dem Principe dieser Classe für das Vermögen des Freygelassenen dieselbe Billigkeit und Successionsordnung wie für das Vermögen des Patrons selbst. Dass nun für die Kinder des Patrons keine besondere Classe gemacht ist, hat darin seinen Grund, weil ja die Kinder hier nicht wie durch Beerbung des Patrons selbst erst das väterliche Vermögen erhalten sollen, in welcher Hinsicht ihnen als Kindern allerdings ein Vorzug eingeräumt werden muss; sondern das väterliche Vermögen als bey ihnen befindlich vorausgesetzt wird und sie gerade um dieses Umstandes willen zur Succession kommen. Die Kinder machen also mit ihrem Vater zusammen Eine Gattung in dieser Classe aus, aus welcher derjenige berufen wird, bey welchem die *familia patroni* ist und sind, wie der Patron selbst, gleichsam nur vorläufige Wiederhinnehmer des Guts, welches durch die Freylassung den Agnaten nach der Hoffnung entzogen war [21]). Dass ferner die Agnaten den *emancipatus* selbst nicht wieder beerben können, ist auch kein haltbarer Gegengrund, weil es dem Patron freystand, durch die Emancipation die Agnaten zu verkürzen so wie um den Ver-

21) Daraus folgt denn z. B. auch, dass wenn nach dem Tode des Freygelassenen der Patron und Kinder desselben leben, blos dem ersten und wenn er ausgeschlagen hat oder gestorben ist, nicht auch den letzten deferirt wird, sondern sogleich die Agnaten folgen; einerley auch ob die Kinder *sui* oder *emancipati* waren.

mögenserwerb des Emancipirten überhaupt, so auch in dieser besondern Beziehung. Wenn also die *emancipati* in dem Ausdruck *familia* eigentlich nicht mit begriffen sind, so werden sie darunter doch nicht leiden (denn die unvollkommene Sprache dient der vollkommenen Natur, nicht umgekehrt) und an diesem Orte zum ersten Male zur Succession der Freygelassenen berufen werden. Uebrigens versteht es sich von selbst, dass *sui* und *emancipati* nur dann angebothen erhalten, wenn sie von ihrem Vater oder Grossvater nicht nahmentlich enterbt sind, weil die Enterbung von dem ganzen Vermögen ausschliesst. Auf den Patron und dessen Kinder folgen dann die Agnaten, unter denen jedoch wie gewöhnlich nur der nächste berufen wird; wollte dieser nicht antreten, so käme der einen Grad entfernter stehende erst in der siebenten Classe zur Succession [22]). Desgleichen versteht es sich, dass wenn ein Agnat eine *capitis deminutio* erlitten hat, er hier nicht succediren kann, so wenig als ihn der Prätor *unde legitimi* beruft [23]). — Wenn gar keine Agnaten vorhanden sind, so ist es dem Rechte angemessen, dass die Gentilen des Patrons oder der Patroninn zur *b. p.* zugelassen werden; auch geschah dieses ohne Zweifel in den frühern Edicten der Prätoren. Allein zu Ulpians Zeit als das gentilitische Recht längst abgekommen war, sprach der Prätor ohne Zweifel in dieser Classe ebensowenig von den Gentilen, als in der Classe *unde legitimi* davon ausdrücklich die Rede war. Nur liesse es sich wohl denken, dass im Edict der Gentilen niemals ausdrückliche Erwähnung geschehn wäre, sondern man den Ausdruck *familia* erforderlichen Falls in dieser weitesten Bedeutung genommen hätte [24]). Welchen Einfluss endlich das *SC. Tertullianum* und *Orphitianum* auf diese Classe gehabt habe, wird wohl überflüssig seyn auseinanderzusetzen, da wir zu dem Ende nichts zu thun haben würden, als das gewöhnliche Erbrecht nach diesen Senatusconsulten in seiner ganzen Weitläuftigkeit hier vorzutragen.

---

22) *Gai.* 3, 28. *ibiq. cit.*
23) Unterholzner a. a. O. S. 73. behauptet das Gegentheil.
24) *L.* 195. §. 4. *D. de V. S.* könnte hierauf bezogen werden.

Ausser den von uns eben genannten Personen will nun Unterholzner [25]) mit von Löhr auch den Patron des Patrons sammt seinen Kindern und dann wahrscheinlich auch den *parens manumissor* noch in diese Classe bringen. Wenn wir aber auch gegen diese Meinung von dem in der vorigen Abhandlung geführten Beweise und der nothwendigen Consequenz, aus welcher wir diese Classe abgeleitet haben, keinen Gebrauch machen wollten, so würde deren Unhaltbarkeit doch schon aus dem Begriffe der *familia* folgen. Denn dieser Begriff geht, wie oben gezeigt ist, aus von dem Verhältniss der Personen, welche nach dem Gattungsleben unter Eines Mannes Gewalt vereinigt sind. Sollte also der Patron mit zu der *familia patroni manumissi* gerechnet werden können, so setzte dieses voraus, dass er unter der Gewalt des Freygelassenen oder dieser unter seiner Gewalt, oder beyde unter der Gewalt eines dritten *paterfamilias* ständen oder gestanden hätten; Alles dieses ist aber der Natur dieses Verhältnisses so entgegen, dass ein Freygelassener vielmehr nicht anders entstehn kann, als wenn er in einer besondern *familia*, vom Patron getrennt, zu existiren anfängt. Vor der Freylassung ist er Sclav und kann eben deswegen von seiner *familia* nicht die Rede seyn; hört er aber auf, Sclav zu seyn, so ist er nothwendig in einer andern Familie, wie auch die zwölf Tafeln dieses anerkannten [26]).

Wir gehn jetzt zur Untersuchung des Einflusses über, den eine *capitis deminutio* in der *familia* des Patrons oder Freygelassenen auf diese Classe äussern musste. Hatte zuerst der Freygelassene eine *c. d.* erlitten, so fiel nothwendig das Erbrecht dieser Classe weg, weil das Vermögensverhältniss zwischen der *familia* des Patrons und der nun zerstöhrten des Freygelassenen, worauf diese Classe beruhte, durch die *c. d.* aufgehoben war. Eben so wurden ja auch alle andern nicht blos natürlichen Patronatsbefugnisse durch

25) a. a. O. S. 65. 66.

26) *L.* 195. §. 1. *D. de V. S. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ex ea familia, inquit, in eam familiam, et hic de singularibus personis legem loqui constat.*

eine solche *c. d.* zerstöhrt. Doch ist zu bemerken, dass dieser Verlust nicht wohl anders als durch *maior capitis deminutio* herbeygeführt werden konnte; denn einen Freygelassenen liess man nicht zur Adrogation [27]), und wenn er sie erschlich, so konnte sie, wenn auch *ipso iure*, doch nicht zum Nachtheil des Patrons gelten, daher in einem solchen Falle der Prätor alle *bonorum possessiones* für das Vermögen, welches der Freygelassene gehabt haben würde, wenn er nicht arrogirt worden wäre, *utiliter* geben musste [28]). So mit der *c. d.* des Freygelassenen. Etwas mehr Schwierigkeit macht die Ausmittelung der Folgen, welche eine *c. d.* des Patrons in dieser Classe hatte. Unbedenklich scheint es, dass der Patron selbst, nach erlittener *c. d.*, nicht in dieser Classe erben kann. Auch ist diess höchst billig; denn es steht ja in der Willkühr des Patrons und der Patroninn, ob sie sich arrogiren lassen oder eine *in manum conventio* eingehn wollen oder nicht: thun sie es, so geben sie ihre ganze Vermögensfreyheit und folglich auch das darauf begründete Erbrecht dieser Classe auf. Auch ist es deshalb nicht weniger wahr, was wir oben behauptet haben, der *emancipatus* werde hier dem *suus* gleich geachtet; denn die *c. d.* des *emancipatus* ist eine unverschuldete Ungerechtigkeit gegen das Kind, unter welcher dieses, wie in den übrigen *bonorum possessiones* so auch hier nicht leiden darf; der Patron aber hat sich den Verlust seiner Familie, wozu er in der Arrogation oder die Patroninn in der *in manum conventio* einwilligt, selbst zuzuschreiben. Ferner hat es auch keinen Zweifel, dass in diesem Falle die Kinder, welche ihrem Vater in die Arrogation nachfolgen, nicht mehr *tanquam ex familia* succediren können, weil ihre Familie, die mit der ihres Vaters eine und dieselbe ist, hierdurch ebenfalls vernichtet wird. Daher sie auch nach der Emancipation aus jener Familie keine Rechte gegen den Freygelassenen wieder bekommen, was man sonst nach der Gleichstellung der wieder emancipirten in Adoption gegebenen Kin-

---

27) *Gell. N. A.* 5, 19.

28) *L.* 1. §. 2. *D. Si a parente quis manumissus. L.* 49. *D. de bon. libert. L.* 10. §. 2. *D. de in ius voc.*

der mit den *emancipatis* vermuthen könnte; denn da ihre Familie gar nicht mehr existirt, so kann der Prätor sie auch durch Ignorirung der *c. d.* nicht wieder hineinbringen. Aber zwey Fragen könnten Bedenken erregen; erstens, wird nicht auch der *pater arrogator* des Patrons, welcher ja des letztern Vermögen, mit dem durch diese *b. p.* das Vermögen des Freygelassenen wieder vereinigt werden soll, inne hat, einen Anspruch auf die Erbschaft des Freygelassenen machen können? Diese Frage müssen wir verneinen; denn durch die geschehene Arrogation hat das Vermögen und die Familie des Patrons ganz aufgehört da zu seyn, folglich kann auch nichts mehr mit denselben vereinigt werden; darauf aber, dass der *pater arrogator* die einzelnen Vermögensstücke des Patrons *per universitatem* erworben hat, kann da nichts ankommen, wo blos die Erzeugung einer Vermögensfreyheit aus der andern gilt. Die andere Frage ist die: ob durch die Arrogation des Patrons auch den Agnaten diese Classe verlohren gehe? Dieses zu bejahen, könnte man durch den Grund verleitet werden, dass die Agnaten ja blos insofern, als sie auf das Vermögen des Patrons einen Anspruch haben, auch zu der mit diesem zu vereinigenden Erbschaft des Freygelassenen berechtigt scheinen. Allein das Gegentheil ist richtiger, weil der Prätor die Familie des Patrons in einem Umfange beruft, wie sie durch die *c. d.* des Patrons nicht ganz untergegangen ist und die nachher erfolgte *c. d.* des Patrons das einmal begründete Successionsrecht der Agnaten in dieser Classe nicht aufheben kann. Demgemäss muss man auch behaupten, dass es den Agnaten nicht schadet, wenn der Patron selbst diese *b. p.* nicht anerkannt hat und dass also insofern in dieser Classe Succession gilt.

Wir haben jetzt noch die von andern aufgestellten Erklärungen dieser Classe anzuführen, wobey wir aber, auf Vollständigkeit keinen Anspruch machend, uns auf diejenigen Versuche beschränken werden, deren Erwähnung der Mühe verlohnt. Theophilus[29]) sagt, diese Classe komme in

---

29) zu §. 3. *I. de bon. possess.*

folgendem Falle zur Anwendung: wenn der Freygelassene ohne Testament und Kinder gestorben ist, da auch sein Patron nicht mehr am Leben war, alsdann kommen die Agnaten des Patrons mit der *b. p. tanquam ex familia* zur Erbfolge. Diese Behauptung des Theophilus ist richtig; aber indem er diese Classe auf den Fall beschränkt, in welchem sie blos noch nicht berufenen Personen zur Succession hilft, wird sie schielend und dem Verdacht ausgesetzt, als sey sie keineswegs von einer richtigen Vorstellung vom Princip dieser Classe ausgegangen. Glaubte Theophilus wirklich, dass der genannte Fall der einzige sey, in welchem diese *b. p.* zur Anwendung käme, dann musste ihn der andere Fall, wo der Patron selbst noch lebte [30]), in grosse Verlegenheit setzen und so ist es sehr begreiflich, wenn er auch dieser Classe die *scrupulositas* und den *inextricabilis error* vorwirft. Einsichtsvoller scheint auch hier wieder der Verfasser der griechischen Constitution Justinians über das Patronatsrecht [31]) gewesen zu seyn, indem er über die in der Nachbarschaft des *patroni patronus* berufenen Personen sich so äussert:

> *vocabatque (patris) manumissorem et cognatos eius per virilem sexum, sive cognati mansissent sive status permutationem subiissent.*

Denn darin liegt eine zwar sehr sorglos und verwirrt gefasste aber doch vollständige Angabe der Personen der vierten Classe. Er meint nähmlich mit jenen Worten für diese Classe: den Patron, dessen Kinder, denen hier die *c. d.* nicht schadet, und die durch Mannsstamm verbundenen Personen, d. h. Agnaten, welche aber in dieser Classe noch Agnaten seyn müssen; und für die siebente Classe auch wieder den Patron und dessen Blutsverwandte ohne Rücksicht auf *c. d.* Unter den Neuern hat Schulting [32]) die rich-

---

30) Dass Theophilus diese Classe wenigstens auch auf die Kinder des Patrons bezog, sieht man aus seiner Erklärung der folgenden Classe. Vgl. auch Göschen in Hugo's Civilist. Magaz. B. IV. S. 286.

31) *L. 4. C. de bon. libert.*

32) *ad Ulp. 28, 7. p. 673.*

tige Meinung gehabt, obwohl nur durch äussere Inconvenienzen der falschen Meinungen bestimmt. **Göschen** [33]) weicht wieder darin ab, dass er wohl die Kinder des Patrons aber nicht den Patron selbst in dieser Classe berufen wissen will; über die Successionsart aber finden sich bey ihm theils richtige theils unrichtige Grundsätze, indem z. B. nach ihm die Kinder allerdings den Agnaten vorgezogen werden, aber unter ihnen selbst doch Gradesnähe entscheiden soll, was einen Widerspruch im Princip enthält. Von **Unterholzners** Abweichungen [34]) ist schon bey einzelnen Gelegenheiten die Rede gewesen. Er nimmt nähmlich in dieser Classe den Patron mit seinen Kindern, Agnaten und Patron nebst dessen Kindern auf, schliesst aber die Familie der Patroninn, also diese selbst auch, aus.

So viel von der vierten Classe.

Mit weniger Worten werden wir die **siebente** Classe abthun können. Die Quellen für diese Classe sind folgende:

*Ulp.* 28, 7. . . . *septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus quam* [35]) *mille asses capere licet.*

§. 3. *in fin. I. de bon. possess. Octavo, cognatis manumissoris.* — In §. 5. *I. eod.* heisst diese Classe *unde cognati manumissoris.*

*Collat.* 16, 9. . . . *mox cognatos patroni et patronae.*

*Theophil. ad* §. 3. *I. cit.*

Halten wir uns genau an die Worte dieser Quellen, so sind in dieser Classe blos die Agnaten des Freylassers d. h. des Patrons und der Patroninn berufen. Allein da die Worte oft zu viel, oft zu wenig sagen, so sehen wir uns wieder nach dem oben aufgefundenen Principe dieser Classe um. Dieses beruhte darauf, dass die Familie des Patrons auch nach natürlichem Rechte, d. h. die blutsverwandten Individuen derselben ohne Rücksicht auf ihr rechtliches Gattungsleben, Anspruch auf das Vermögen des Patrons und folglich auch auf das aus

---

33) In **Hugo's** Civil. Magaz. B. IV. S. 278. flg.

34) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 63 — 67.

35) In der Handschrift fehlt *quam*: **Hugo** hat es in den Text gesetzt.

demselben ausgeschiedene Gut des Freygelassenen haben. Daraus folgt denn, dass diese siebente Classe von der vierten blos darin abweicht, dass die hier gerufenen Personen auf das Vermögen des Patrons nicht in der Classe *unde legitimi* (mit den oben bemerkten Abweichungen von dieser Classe), sondern erst in der *unde cognati* Ansprüche haben würden. Hiernach wird es leict seyn, zu entscheiden, welchen Personen hier angebothen wird.

Zuerst fragt es sich, ob auch der Patron selbst wieder berufen werde. Dieses hat kein Bedenken, wenn das feststeht, dass er auch in der vierten Classe mit enthalten sey; denn er ist ja auch als blosses Individuum betrachtet wieder der erste, dem ein Theil seines Vermögens heimfallen muss. Diese *b. p.* wird selbst die einzige für ihn seyn, sobald er oder der Freygelassene eine *capitis deminutio* erlitten hat; denn diese ist hier, wo die Personen blos in ihrer individuellen natürlichen Bedeutung gerufen werden, ganz gleichgültig. So sagt denn auch Gaius [36]), dass wenn die Patroninn oder die Freygelassene eine *c. d.* erlitten hätte, jener die Kinder der Freygelassenen vorgezogen würden, andeutend, dass die Patroninn allerdings noch eine *b. p.* erhalte, aber erst hinter der Classe *unde cognati*, und diese *b. p.* kann keine andere seyn, als die *unde cognati manumissoris*. Wie kommt es aber, dass der Prätor den Patron selbst in dieser Classe nicht auch mit umfasst hat? Daher ohne Zweifel, weil die lateinische Sprache keinen solchen die Familie im natürlichen Sinn d. h. als Inbegriff von verwandten Individuen als solchen bezeichnenden Nahmen hat, wie der Ausdruck *familia* den Inbegriff der dem Gattungsleben nach verbundenen Personen bedeutet, und also um den Patron mit zu umfassen, man ihn ausdrücklich hätte nennen müssen. Da nun aber durch eine solche Nennung das Princip dieser Classe ganz in den Schatten gestellt und der

36) *Gai.* 3, 51. ... *si vero vel huius (libertae) vel illius (patronae) capitis deminutio interveniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure capitis deminutione perempto, evenit ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.* — Dem *legitimum ius* steht offenbar die Reihenfolge der *b. possessiones* entgegen.

Schein entstanden seyn würde, als würde der Patron aus blosser Gunst noch einmal berufen, so liess man lieber ihn sich von selbst verstehn, was sich auch dadurch rechtfertigte, dass man hier ebenfalls, wie in der vierten Classe, die Personen zunächst bedenken wollte, denen der Patron durch die Freylassung sein Vermögen verweigert hatte. Was aber vom Freylasser selbst gesagt ist, gilt auch von seinen Kindern und zwar ohne Rücksicht auf Fortdauer der Familie ganz so wie in der Classe *unde cognati*, so dass nahmentlich auch die unehlichen Kinder der Patroninn zugelassen werden müssen. Ueberhaupt aber wurden, wie Ulpian ausdrücklich bemerkt, nicht alle Cognaten, sondern blos diejenigen, denen die *lex Furia* mehr als 1000 *asses* von Todeswegen zu nehmen erlaubte, berufen. Wer diese seyen, wussten wir früher nicht. Jetzt erfahren wir aus den Vaticanischen Handschriften, dass darunter die Personen bis zum sechsten Grade der Verwandtschaft und im siebenten Grade noch der *sobrino natus* zu verstehn seyen[37]). Dieses aber dient wieder sehr zur Bestätigung des Princips, welches wir für diese und die vierte Classe aufgestellt haben, denn jene Personen sind dieselben Cognaten, welche auch zu der *b. p. unde cognati* berufen wurden[38]). Uebrigens können wir uns der Beantwortung der Frage, wie in dieser Classe succedirt worden sey, ganz überheben; denn wir dürfen uns nur überhaupt auf die *b. p. unde cognati* beziehn und Alles, was von dieser in Beziehung auf das Vermögen des Freylassers selbst gelten würde, gilt auch in Beziehung auf das Vermögen des Freygelassenen. Statt also hierüber unnöthig weitläuftig zu seyn, wollen wir lieber noch einmal auf die Beschränkung der Cognatengrade, welche der Prä-

37) *Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 301. . . . *Sic et lex Furia scribta est; eo amplius quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.* Die *illa lex* ist nähmlich die *Furia* selbst und *illa* nur deswegen gesetzt, weil dem Juristen, der von der *lex Cincia* spricht, die *lex Furia* überhaupt ferner liegt. So spricht auch Cic. *pro Rosc. Com.* c. 2. und die *Vatic. Fragm.* selbst §. 195. wo ebenfalls die dem Gedanken nicht den Worten nach ferner stehenden mit *illi* bezeichnet werden.

38) §. *ult. I. de success. cognat. L.* 1. §. 3. *D. Unde cogn.* Paull. *S. R.* IV, 11. §. 8.

*tor* beruft, zurückkommen, weil hier noch einige Schwierigkeiten zu heben sind.

Man hat häufig die Frage aufgeworfen, woher es komme, dass die Agnation ohne alle Beschränkung auf eine Anzahl von Graden bis in's Unendliche berechtigt sey[39]), während der Cognation über einen gewissen Grad hinaus kein Gewicht mehr beygelegt wird. Der Grund hiervon scheint mir darin zu liegen: Die Agnation beruht auf dem rechtlichen Gattungsverhältnisse d. h. auf der Frage, ob Jemand mit einem andern zu derselben Familienentfaltung gehöre; dass dieses aber wahr sey oder nicht, entscheidet sich bey den entferntesten Graden wie bey den nächsten mit derselben vollen Bestimmtheit, weil das rechtliche Angehören einer Person wie einer Sache auf gewissen Erwerbarten beruht und, wenn diese eingetreten sind, in dem einen wie im andern Falle gleich wahrhaft vorhanden ist. Dagegen die Cognation besteht in einer individuellen factischen Aehnlichkeit mehrer Personen in Beziehung auf das Blut; es liegt aber in der Natur, dass, je mehr Zeugungen vorgefallen sind, desto fremdartiger und weniger gemeinschaftlich das Blut werden muss, bis es zuletzt eine Entfernung gibt, wo man sagen muss, dass durch das beständige Beymischen anderes Bluts eine völlig neue Individualität die Oberhand erhalten hat und in dem neuen Individuum kein Fortwirken des natürlichen Gattungszusammenhangs mit einer andern Person mehr vorhanden oder zu bemerken sey. Ist dieses der Fall so kann man nicht mehr von Blutsfreundschaft reden und folglich hören dann auch die an dieses factische Verhältniss geknüpften Rechtsfolgen auf. Der letzte Grad aber, in welchem noch Blutsgemeinschaft angenommen werden müsste, schien den Römern ungefähr der fünfte bis siebente zu seyn[40]) und danach haben sie sich im Rechte meistens ge-

39) §. *ult. I. de success. cognat.* §. 3. *I. de legit. agnat. success.* §. *ult. I. de serv. cogn. L.* 9. *pr. D. Unde cogn.*

40) *Paull. S. R.* IV, 11. §. 8. *Successionis idcirco gradus septem constituti sunt, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri nec vita succedentibus prorogari potest. L.* 4. *pr. D. de gradib. cognat.* Der von Paullus und Modestinus angegebene Grund enthält ein gewiss wahres aber auch sehr tiefes Naturgeheimniss, zu dessen Aufklä-

richtet. Ich sage, meistens; denn bey einer menschlich so schwer zu erkennenden Sache muss die nähere Gränzbestimmung durch das Civilrecht nach der höhern oder mindern Gunst des Instituts, von welchem die Rede ist, geschehen. So beschränkte denn die *lex Cincia* die Befugniss über das Mass zu schenken auf den fünften Grad und eine Person aus dem sechsten Grade, die *sobrini*[40*]. In der *lex Furia* dagegen — weil jede Schenkung von Todeswegen doch mehr Begünstigung verdient, als die unter Lebendigen — nahm man, wie oben bemerkt ist, auch noch eine Person aus dem siebenten Grade der Seitenlinie, den *sobrino natus* aus und dieses befolgte auch der Prätor bey Ertheilung der *bonorum possessiones*, weil das Civilrecht selbst ihm hier Weg und Mass der Billigkeit gezeigt hatte. Hierbey werfen sich aber noch einige Fragen auf.

---

rung Folgendes dienen kann. *Cognati* heissen eigentlich Zusammengeborne, also die ganze Entwickelung seines Samens, welche Jemand sieht, so dass blos diejenigen *cognati* sind, die bey Jemandes Lebzeiten von ihm abstammen und wie Zweige Eines Stammes ihre Gattungseinheit gleichsam in seinem Bilde erkennen können. Das scheint aber daher zu kommen, dass bey der ursprünglichen Gleichkräftigkeit des natürlichen individuellen und Gattungslebens das Geschlecht nicht länger dauern kann, als der Same, aus welchem es herrührte. Die Normallebensdauer des menschlichen Individuums ist nun ungefähr eine wenigstens 5 höchstens 7 fache Pubertät (Psalm 90. v. 10. nähmlich 5 . 14 = 70 und 7 . 12 = 84, in welchem Jahre die meisten sehr alt gewordenen Menschen sterben). Ferner betrug das zum Zeugen nothwendige Alter ursprünglich zwar, als das menschliche Geschlecht noch vollkommener war, nur eine Pubertät, wie sich daraus ergibt, dass in den zehn ersten Generationen der Menschheit (1 Mos. Cap. 5.), vorausgesetzt, was sich voraussetzen lässt, dass dort zugleich Erstgeburten erwähnt sind, ungefähr ein volles Siebentheil der Lebensdauer das Alter der ersten Zeugung war. Allein mit der überhandnehmenden individuellen Ausbildung und der darin hervorbrechenden grössern Verderbniss des menschlichen Geschlechts (1 Mos. Cap. 6.) als auch schon die Sprachverschiedenheit sich zeigte, eine von Gott verhängte Folge der durch menschliche Sünde verringerten Gattungskraft (1 Mos. Cap. 11.), war in den nächsten zehn Generationen das Zeugungsalter schon gegen $\frac{1}{5}$ der Lebensdauer. Hiermit stimmte nun das Römische Recht ungefähr überein, indem es in der *lex Cincia* die Cognation bis zum *abnepos*, in der *lex Furia* bis zum *trinepos* gelten liess. (Eine tiefere Begründung anderwärts.) Späterhin hat sich das Verhältniss des Zeugungsalters zum Lebensalter schwerlich noch weiter vom ursprünglichen entfernt. Zwar wurde in der *lex Papia Poppaea* für Männer das 25ste für Frauen das 20ste Jahr zum Kinderzeugen festgesetzt, welches ein Verhältnis von $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{4}$ zur Lebensdauer gibt. Allein die *lex* sah natürlich nicht auf das Mögliche sondern auf das Nützliche.

40*) *Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 298. 299.

1. Liegt darin nicht ein Widerspruch gegen unsere eben aufgestellte Behauptung, dass es in den Vaticanischen Fragmenten heisst, die *lex Furia* nehme sechs volle Grade aus und aus dem siebenten nur Eine Person, den *sobrino natum*[41]), dagegen von der *b. p. unde cognati* gesagt wird, es würden dazu berufen sechs volle Grade und aus dem siebenten zwey Personen, nähmlich der *sobrino et sobrina natus et nata*[42])? Allein diese Abweichung ist nur scheinbar und erklärt sich daraus, dass man um der Kürze willen oft das männliche Geschlecht für beyde Geschlechter setzt, woraus folgt, dass mit *sobrino natus* eigentlich vier Personen bezeichnet werden, *sobrino natus et nata* und *sobrina natus et nata.* Und wenn hier zwey Personen Eine genannt werden, so wird damit eben angedeutet, dass hier auf das Geschlecht gar nichts, sondern Alles blos auf den Grad ankommen solle[43]).

2. Da nun also blos die Gradesart und nicht das Geschlecht dasjenige ist, worauf bey jenen Ausnahmen des *sobrinus* oder *sobrino natus* gesehn wurde, so fragt es sich ferner, warum denn gerade jene Personen bevorzugt und also z. B. nach der *lex Cincia* zwey Personen, welche von dem gemeinschaftlichen Stammvater jede um drey Zeugungen abstanden sich noch schenken konnten, dagegen der Enkel des Stammvaters seinem Geschwisterkindesenkel, obgleich mit ihm ebenfalls im sechsten Grade verwandt, nicht mehr. Ohne Zweifel liegt der Grund darin, dass die Bluts-

---

41) *Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 301. Mai bemerkt zu dem *sobrino natum* in der Note: *Sic codex;* wahrscheinlich um anzudeuten, dass man wohl *natam* lesen müsse, welches sich auf das vorhergehende *personam* beziehe. Allein *natus* ist absolut gesetzt und bedeutet den Sohn, welcher für das Kind steht.

42) *L.* 1. §. 3. *D. Unde Cognat.*

43) Diess geht auch noch besonders aus *Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 299. hervor, wo es heisst: *et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina.* So nannte auch die *lex Iulia iudiciorum publicorum* blos den *sobrino natum* (*L.* 4. *D. de testib.*) gewiss nicht in der Absicht die *sobrino natam* auszuschliessen; daher man sie durch Interpretation auf die *natam* erstreckte. (*Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 216.) Aus dieser letztern Stelle sehn wir auch, dass die *lex* eigentlich sowohl den *sobrina* als *sobrino natum* nahmentlich umfasst hatte. In der Pandektenstelle (*L.* 4. *cit.*) steht aber blos der letzte, um der Kürze willen.

freundschaft in der Seitenlinie bey übrigens gleichem Gradabstande weit eher unkenntlich wird, wenn der eine der Anverwandten vom gemeinschaftlichen Stammvater viel weiter als der andere absteht, als wenn beyde zu demselben gleich viele Zeugungen zählen. Denn im letztern Falle bewahren beyde noch das Bild ihres nicht sehr entfernten Stammvaters und erkennen sich als Blutsfreunde; im erstern aber hilft es dem im vierten Grade abstehenden nichts, dass der andere nur um zwey Grade vom Stammvater entfernt ist und deswegen ein ihm noch sehr ähnliches Blut hat: ebendaher gibt es auch in der Sprache für die, welche Geschwisterkindeskinder sind, einen eigenen Nahmen (*sobrini*), nicht aber auch für den Geschwisterkindesenkel.

Zum Beschlusse unserer Erklärung dieser Classe sey mir noch eine Bemerkung über den Ausdruck *cognati manumissoris* verstattet, dessen sich wenigstens zwey Stellen bey Bezeichnung der Personen dieser Classe bedienen[44]). Dieser allgemeine Ausdruck könnte deshalb gewählt scheinen, weil die Verfasser jener Stellen zugleich den Fall mit hätten einschliessen wollen, in welchem der zu beerbende Freygelassene ein *emancipatus* sey und man möchte daher diese Stellen als einen Beweis gegen unsere obige Behauptung, dass die vierte, fünfte und siebente Classe sich blos auf den *libertus* bezögen, anführen. Allein der Grund ist gewiss ein anderer, der nähmlich, dass die Ausdrücke *patronus patrona*, als dem Civilrecht angehörig, für diese auf blos natürlichen Grundsätzen beruhende Classe untauglich schienen, und man vermeiden wollte, dass ein Patron, welcher eine *c. d.* erlitten hatte, deswegen in dieser Classe als nicht berufen angesehn werden möchte, weil er Patron zu seyn aufgehört habe[45]). Der Ausdruck *manumissor* dagegen bezeichnete etwas Factisches, was durch *c. d.* nicht unwahr gemacht werden konnte, daher lief man bey ihm die eben gedachte Gefahr nicht. Dass übrigens in der Stelle der *Collatio* doch *patroni et patronae* steht, kann gegen

44) §. 3. 5. *I. de bon. posses.* (*ibiq. Theoph.*) *Ulp.* 28, 7. In der *Collat.* 16, *ult.* steht statt *manumissoris* — *patroni et patronae.*

45) Was *Gai.* 3, 21. von der Agnation sagt: *nomen agnationis capitis deminutione perimitur*, gilt eben so vom Patronat.

diese Erklärung nicht angeführt werden, weil in dieser Stelle der Ausdruck *manumissor* gleich darauf in einer andern Bedeutung, nähmlich zur Bezeichnung des *extraneus manumissor e mancipio* [45*]) vorkommt, und daher Ulpian Ursache hatte, Zweydeutigkeit auf jede Weise zu vermeiden.

Unter den bisherigen Erklärern dieser Classe macht es Theophilus hier wieder eben so wie mit der vierten Classe, d. h. er setzt einen Fall voraus, wo wirklich blos Cognaten des Freylassers am Leben sind und bekümmert sich nicht darum, ob der Patron selbst auch berufen werde, oder nicht. Die Neuern sind ihm hierin meistens gefolgt und nahmentlich scheint Göschen [46]) anzunehmen, dass wohl die Kinder des Patrons, nicht aber auch er selbst in dieser Classe gestanden habe, wo dann aber, von allen andern Gründen abgesehn, wenigstens die grosse Unbequemlichkeit entsteht, dass ein Patron, welcher eine *capitis deminutio* erlitten hat, nirgends berufen wird, wohl aber seine Anverwandten, obgleich diese doch noch weniger Recht haben. Unterholzner [47]) vermuthete nicht ohne Scharfsinn, aber wie sich jetzt ergeben hat, doch nicht ganz wahr, dass die *lex Furia* die Verwandten bis zum fünften Grade ausgenommen habe. Ob der Patron selbst auch hieher zu rechnen sey, darüber hat er sich nicht erklärt.

---

## *Vierter Aufsatz.*

## Ueber den Einfluss der *capitis deminutio* des Patrons oder seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht.

In den vorhergehenden Aufsätzen ist manchmal davon die Rede gewesen, dass die *capitis deminutio* des Patrons oder seiner Kinder ihr civilrechtliches Erbrecht und daher auch die

---

45*) Dass das Ende dieser Stelle sich auf den *extraneus* und nicht auf den *parens manumissor* beziehe, ist dem Zusammenhange nach klar, die Worte aber gehen auf den *parens manumissor*. Denn es heisst: *Quodsi is, qui decessit, liber fuit ex remancipatione manumissus* — Offenbar muss man lesen: *ex emancipatione*, womit die Schwierigkeit gehoben ist.

46) In Hugo's Civil. Magaz. B. IV. S. 264—267. und S. 357.

47) In der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 75 flg.

darauf beruhenden *b. possessiones* vernichte. Diese Behauptung soll gegenwärtig näher bestimmt und dabey der ganze Einfluss der *c. d.* noch von einer neuen Seite beleuchtet werden.

Der eben ausgesprochene Grundsatz selbst ist wohl über allen Zweifel erhoben, sobald man zugibt, dass der Patron nach Civilrecht zu seinem Freygelassenen sich ähnlich verhalte, wie ein *consanguineus* zu seiner Schwester, was oben[1]) vollständig bewiesen worden ist. Denn da nun alles civile Erbrecht eben auf dieser Quasi-Agnation beruht und diese durch *c. d.* zerstöhrt wird, so fällt durch diese nach Civilrecht aller Grund des Erbrechts, mithin auch dieses selbst hinweg; und da der Prätor in der Seitenlinie nicht eben so wie in der agnatischen Descendenz die *c. d.* des Berufenen als nicht geschehn annimmt, sondern hier lediglich die Civilerben beruft (*b. p. unde legitimi*[2]), so kann auch nach prätorischem Rechte der Patron keinen Anspruch auf eine der beyden ersten Classen machen. Auch findet sich dieser Grundsatz theils für die ganze Classe *unde legitimi*[3]), theils speciell für die Succession der Patronatsberechtigten in derselben[4]) ausdrücklich anerkannt. Was aber die Meinungen der neuern Juristen betrifft, so erkennen sie zwar die Richtigkeit jenes Grundsatzes für die Civilerbschaft unbedingt an, und geben hinsichtlich der *b. p. unde legitimi* im Allgemeinen auch wohl zu, dass man dieser durch eine erlittene *c. d.* verlustig gehe; allein sie behaupten zugleich, die Römer hätten diesen Grundsatz nicht immer streng durchgeführt, sondern sich hier und da durch ein gewisses Billigkeitsgefühl zu Abweichungen bestimmen lassen. Dieses zu widerlegen und das Römische Recht gegen diesen Vorwurf in Schutz zu nehmen ist jetzt meine Absicht.

Es kommt hier vorzüglich auf einige Fälle an, in welchen die Römischen Juristen dem Patron trotz seiner *c. d.*

---

1) S. 96.

2) Die Seitenagnaten welche nach der *c. d.* noch Cognaten bleiben — der Patron also nicht auch — bekommen erst in der folgenden Classe *unde cognati* ihren Platz. *L. 5. D. Unde cogn.* §. 1. *I. de success. cognat.*

3) *L. 1. 5. D. Unde legit.*

4) *L. 42. pr. D. de bon. libert.*

ein prätorisches Intestaterbrecht zuschreiben. Ehe wir sie durchnehmen, wollen wir den Grund aufsuchen, aus welchem diese scheinbaren Abweichungen hervorgehn mussten und wodurch sie zugleich ihre nähere Bestimmung erhalten werden. Bey der Ertheilung von *bonorum possessiones* macht der Prätor zwischen den Patronatsberechtigten und Agnaten den bemerkenswerthen aber sehr natürlichen Unterschied, dass er jenen auch gegen das Civilrecht eine *b. p.* ertheilt, diesen nicht. Denn bekanntlich gibt er jenen wenigstens auf einen Theil der Erbschaft eine *b. p.* in solchen Fällen, wo nach Civilrecht entweder Testamentserbfolge der eingesetzten Erben oder Intestaterbfolge der *sui non naturales* eintreten sollte — im ersten Falle die *contra tabulas*, in diesem die *contra suos non naturales dimidiae partis b. p.* Beyde stehn den Agnaten nicht zu. Sehr natürlich nenne ich diesen Unterschied, weil er aus der Natur des Patronatsverhältnisses unmittelbar hervorgeht, wie aus Folgendem erhellen wird. Wenn es wahr ist, was ich oben erwiesen zu haben glaube, dass durch die Freylassung gleichsam ein geschwisterliches Verhältniss zwischen Patron und Freygelassenem entsteht, in welchem aber letzterer als aus der Unterwerfung in der Familie hervorgegangen, dem Stande nach untergeordnet und zugleich ein Schutzkind des erstern ist, so muss dieses Verhältniss in Beziehung auf das Vermögen des Freygelassenen, sobald dieser durch Undankbarkeit des Geschenks der Freyheit sich unwürdig macht, eine natürliche Obligation auf die Hälfte desselben gegen den Patron hervorbringen. Daher denn auch, wenn der Patron bey der Freylassung sich ausbedingt, dass er vom Freygelassenen auf den Fall der Undankbarkeit als sein *socius omnium bonorum* zugelassen werde, dieses eine gültige Societät ist, obgleich der Patron nichts zu derselben beyzutragen scheint; denn eigentlich hat der Patron das selbst, dass der Freygelassene überhaupt Vermögen haben konnte, durch die Manumission contribuirt[5]). Diese natürliche Schuld des Freygelassenen

---

5) Aehnliche Fälle der Societät siehe in *Leon. Nov.* 103, welche man gewöhnlich so ganz missversteht, und bey *Cic. pro Rosc. Com.*

nun verwandelte späterhin der Prätor, indem er zugleich die Klage aus einer etwa abgeschlossenen Societät durch eine Exception zu entkräften versprach[6]), für die beyden Fälle von Undankbarkeit, welche von Todeswegen allein von Einfluss seyn konnten, d. h. wenn der Freygelassene durch Testament oder *sui non naturales* dem Patron sein gesetzliches Erbrecht genommen hatte, in eine *dimidiae partis b. p.*, welche daher nach diesem ihrem Ursprunge sich dadurch von den gewöhnlichen *b. possessiones* unterschied, dass sie auf einer natürlichen Schuld beruhte und folglich wie diese auch durch keine *minima c. d.* getilgt werden konnte[7]). — Bey der Agnation nun, welche in einem rein geschlechtlichen und auf beyden Seiten gleichartigen Verhältnisse besteht, findet sich natürlich ein solches Schuldverhältniss nicht, daher auch die auf ihr beruhenden *b. possessiones* der schädlichen Einwirkung der *c. d.* nicht widerstehn können. Wollte man sich übrigens aber die Kraft des besondern Schutzes, den jene *dimidiae partis b. p.* geniesst, mit einem Beyspiele aus der Erbfolge der *ingenui* verdeutlichen, so könnte man jenes Verhältniss des Freygelassenen zum Patron mit dem Familienkindesverhältnisse vergleichen, welches der Prätor auch durch die den *suis* und *emancipatis* versprochene *b. p. contra tabulas* und *unde liberi* gegen Missbrauch der väterlichen Gewalt (Präterition und Emancipation) schützt und wo der natürliche Anspruch auf das ganze Vermögen in dem Familienkindesverhältnisse selbst liegt. So wie also auf diese letzte *b. p.* die *c. d.* des Kindes im Allgemeinen keinen Einfluss hat, eben so kann auch die *c. d.* des Patrons diesem seine *dimidiae partis b. p.* nicht zerstöhren.

---

10. Vgl. auch *L.* 1. *C. pro soc.* §. 2. *I. de societ.* *L.* 52. §. 2. *D. pro soc.*

6) *L.* 1. §. 7. *D. Quar. rer. actio non dat.* Der Grund diese Societät zu verwerfen, war wohl der, dass in ihr, da sie bey Lebzeiten des Freygelassenen eintrat, eine Beschränkung der persönlichen Freyheit selbst zu liegen schien. So schützten ja auch die Prätoren die *iniuste* Freygelassenen, so lange diese lebten, im freyen Genuss ihres Vermögens; mit ihrem Tode konnte der Manumissor sein Recht am Vermögen geltend machen.

7) *L.* 3. §. 7. *L.* 5. §. 1. *L.* 30. §. 5. *L.* 39. *D. de bon. libert.*

Wir gehn jetzt zu den einzelnen Anwendungen des gewonnenen Grundsatzes über.

Gesetzt der Freygelassene stirbt *ab intestato* und ohne *sui* zu hinterlassen, sein Patron aber oder dessen nächstes Kind hat eine *c. d.* erlitten, wird ihnen diese *c. d.* am prätorischen Intestaterbrecht hinderlich seyn? So viel leuchtet ein, dass die Classe *unde legitimi* auf sie verlohren ist und eben so, in der Regel wenigstens, auch nachher die Classe *tanquam ex familia*, wie oben gezeigt ist; also bliebe ihnen von allen sieben *bonorum possessiones ab intestato* blos noch die letzte übrig. Allein ebenso einleuchtend ist es auch, dass sie in jenem Falle auf die Hälfte des Nachlasses gegen jeden, welchen der Prätor in der dritten bis sechsten Classe beruft, mit einer *dimidiae partis b. p.* beständig Anspruch machen können. Denn diese *b. p.* würden sie trotz ihrer *c. d.* selbst dann gehabt haben, wenn der verstorbene Freygelassene ein Testament gemacht oder einen Sohn adoptirt und sie dadurch nach Civilrecht von der Intestaterbfolge ausgeschlossen hätte; um wie viel mehr also muss sie ihnen dann zukommen, wenn nicht einmal solche Hindernisse des Civilrechts zu überwinden sind[8])? So wird also diese *dimidiae partis b. p.* unter Umständen auch eine *b. p. ab intestato*, obgleich sie der Prätor nicht mit in der regelmässigen Folge der *b. possessiones ab intestato* aufgezählt hat, was nur deswegen nicht geschehn ist, weil sie blos auf die Hälfte der Hinterlassenschaft geht, während die übrigen gewöhnlichen *b. possessiones* die ganze Erbschaft geben[9]).

Steht dieses aber fest, so lässt sich nun auch der Platz, welchen diese *b. p.* auf die Hälfte in der Reihe der *b. possessiones ab intestato* einnimmt, leicht bestimmen. Denn da sie auch für den Fall der Intestaterbfolge ihre ursprüngliche Natur beybehält, so muss sie unmittelbar hinter der Berufung

---

8) Eine andere Anwendung des Grundsatzes, dass das, was mir *contra tabulas* zusteht, mir um so mehr *ab intestato* zustehn muss, findet sich in *L. 20. D. de iure patron.* welche Stelle man auch so erklären kann, dass sie geradezu unsern Fall betrifft.

9) So ist ja auch die *dimidiae partis b. p. contra suos non naturales*, obgleich sie eine regelmässige *b. p. ab intestato* ist, doch in der allgemeinen Classenfolge nicht mit aufgenommen.

derjenigen Personen Platz greifen, welche den Patron oder dessen Kinder von dieser *dimidiae partis b. p.* ausgeschlossen haben würden, d. h. vor Allem hinter den *sui naturales;* da aber der Prätor diese in der ersten Classe und ausser ihnen in derselben Classe auch *non naturales*, welche der Patron auf die Hälfte schon ausschliesst, beruft, so kann man allerdings sagen, diese *dimidiae partis b. p.* falle noch mit in die erste Classe; sofern aber der Patron oder dessen Kinder, wenn mehre Patronatsberechtigte da sind, mit diesen theilen und dann von der ganzen Hälfte abstehn müssen, oder selbst bey Concurrenz mit einem nähern Patronatsberechtigten ganz ausgeschlossen werden, ist es richtiger zu sagen, sie falle in die zweyte Classe *unde legitimi*. Und auf jeden Fall ist es richtiger, wenn man einmal eine Classenbezeichnung wählen will, zu sagen, der Patron erbe wie ein *legitimus*, als er erbe wie ein Kind, weil die Art seines Erbrechts immer die der Classe *unde legitimi* bleibt.

Alles dieses gilt nun aber, wie gesagt, blos von der einen Hälfte der Verlassenschaft, die andere Hälfte wird nach der gewöhnlichen Reihe der *b. possessiones ab intestato* angebothen. Also, wenn z. B. in dem vorhin gesetzten Falle der Freygelassene ausser dem abrogirten verwandtenlosen Patron nur eine Frau hinterlassen hätte, so würde diese in der sechsten Classe die übrige Hälfte erhalten — oder eigentlicher gesprochen, sie würde die ganze Erbschaft, nur durch die *b. p.* des Patrons um die Hälfte verringert, bekommen. Ferner, wäre neben jenem Patron ein anderer Patron oder der Sohn eines andern Patrons vorhanden, so würde dieser als *heres* oder als *b. possessor unde legitimi* die übrige Hälfte bekommen und endlich, concurrirten ein emancipirter Enkel und ein in der Familie gebliebener Sohn des Patrons, so würde jener von der *dimidiae partis b. p.* ganz ausgeschlossen werden.

Durch das Gesagte erhält nun folgende Stelle [10]) volles Licht:

*Si filius emancipatus nepotem in potestate avi reliquis-*

---

10) *L. 2. §. 2. D. de bon. libert.* (*Ulp. lib. 42. ad edictum*).

*set, bonorum possessionem partis dimidiae dandam ei filio intestati liberti* [11]), *quamvis iure ipso legitima hereditas ad nepotem pertineat: quia et contra tabulas eius liberti et filio potius bonorum possessio partis debitae daretur.*

Ein Freygelassener stirbt *ab intestato* und hinterlässt einen emancipirten Sohn und einen in der Familie gebliebenen Enkel seines Patrons. Hier wird, sagt Ulpian, dem Sohne trotz seiner *capitis deminutio* und obgleich die Civilerbschaft dem Enkel allein zukommt, doch eine *dimidiae partis b. p. ab intestato* gegeben werden und der Enkel nur die andere Hälfte als Erbe wirklich erhalten. Denn, fügt er als Grund hinzu, setzen wir den Fall, dass der Freygelassene in einem Testament Sohn und Enkel seines Patrons ausgeschlossen hätte, so würde sogar die *c. t. b. p. dimidiae partis* dem Sohne mit Ausschluss des Enkels gegeben worden seyn — also (denn so muss die Argumentation offenbar geschlossen werden) muss in einem Falle, wo der Anspruch auf die Hälfte ohne das civilrechtliche Hinderniss eines Testaments noch vielmehr begründet ist, der Sohn für jene Hälfte dem Enkel ebenfalls vorgehn [12]). Diese Entscheidung des Juristen ist übrigens so übereinstimmend mit unserer obigen Herleitung und diese Uebereinstimmung selbst so klar, dass es unnöthig seyn wird, mit Nachweisung derselben Worte zu verliehren. Blos das will ich hinzufügen, dass in dieser Stelle ein ganz entscheidendes äusseres Argument gegen die Meinung derer liegt, welche glauben, dass in der Classe *unde legitimi* dem Patron und dessen Kindern die *capitis deminutio* nicht geschadet habe [13]). Denn wäre das richtig, so müsste im vorliegenden Falle der Sohn den

11) Diese Genitive hängen von *bonorum* ab, nicht von *filio.*

12) Es hat übrigens kein Bedenken, dass diese *dimidiae b. p.* trotz dem, dass sie *ab intestato* deferirt wurde, doch gegen die Civilerben ebenso wie jede *c. t. b. p.* von jeher *cum re* war, und zwar gerade deswegen, weil sie eigentlich als eine gegen Civilerben geltende *b. p.* eingeführt war und der Schutz in derselben *ab intestato* wo möglich noch unbedenklicher ertheilt werden musste, als in dem Falle, wo keine civilrechtlichen Hindernisse zu überwinden waren. Auch hierin ist diese *b. p.* der der *emancipati* in der Classe *unde liberi* ganz gleich.

13) Wie Göschen thut in Hugo's Civil. Magaz. B. IV. S. 294.

Enkel ganz ausschliessen, weil er um einen Grad näher steht und das gesetzliche Erbrecht vermöge Patronats sich jedesmal nach Gradesnähe bestimmt.

Nicht wohl gelungen ist die Erklärung dieser Stelle von Unterholzner[14]), welcher meint, es sey wohl klar, dass hier der emancipirte Sohn *unde legitimi* succedire, aber sichtbar geschehe es mit besonderer Rücksicht auf das Daseyn eines nicht emancipirten Enkels, wo die Zulassung deswegen keine Schwierigkeit habe haben können, weil schon durch diesen Enkel die *b. p. unde legitimi* begründet gewesen wäre. Die Hälfte hätte man deshalb gerade genommen, weil der Sohn doch ebenso viel hätte haben sollen, als er mit der *c. t. b. p.* erlangt haben würde. — Es ist eine völlige Unmöglichkeit, dass Jemand, der kein *legitimus* ist, als *legitimus* zu einer *b. p.* gerufen werde und keine Rücksicht auf irgend eine Billigkeit, noch viel weniger auf eine so durch nichts begründete, wie hier angenommen wird, kann dieses bewirken, und wenn er wirklich als *legitimus* vom Prätor angesehn würde, wie wäre es in unserm Falle möglich, dass er den Enkel nicht ganz ausschlösse? Dass es übrigens nicht einerley ist, auf welche Weise man sich das Princip dieser Stelle denke, würde sich an folgendem einfachen Beyspiele zeigen: gesetzt jener Sohn concurrirte nicht mit dem Enkel, sondern mit einem Cognaten des Freygelassenen. Nach unserm Principe würden wir keinen Augenblick zweifeln, dem Cognaten die eine Hälfte ganz eben so zu geben, wie sie nach dieser Stelle der Enkel des Patrons erhält. Unterholzners Rücksicht auf die Billigkeit dagegen würde hier sehr ins Gedränge kommen.

Selbst noch weniger Schein hat die Erklärung dieser Stelle von Förster[15]). Dieser setzt voraus, dass 1) diese Stelle auf einen Fall gehe, wo durch die *lex Papia Poppaea* ein Erbrecht auf einen Kopftheil begründet wäre, also der Freygelassene ein *centenarius* gewesen und mit Hinterlassung von weniger als drey Kindern verstorben sey; 2) dass

---

14) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 56.
15) Zeitschr. a. a. O. S. 59.

der Freygelassene ein leibliches Kind hinterlassen habe, welches jedoch 8) nicht *suus* gewesen sey. Aber auch alle diese Voraussetzungen zugegeben — obgleich sie sämmtlich in die Stelle hineingedacht sind — so wäre ja dann die Entscheidung des Juristen schon um deswillen unmöglich, weil alsdann der Sohn des Patrons mit diesem Sohne des Freygelassenen hätte theilen müssen und nicht mit seinem Sohne, dem Enkel des Patrons; denn dass der Jurist meint, der Enkel solle durch die *hereditas* die andere Hälfte bekommen, ist wohl daraus klar, dass er diesen überhaupt anführt. Dieser Widerspruch mit der Stelle selbst ist mir so auffallend, dass ich glauben muss, diese letzte Erklärung gar nicht verstanden zu haben.

Aus demselben oben ausgeführten Principe erklärt sich sehr leicht auch folgende Stelle [16]), welche von Löhr [17]), Unterholzner [18]) und Förster [19]) nicht verstanden zu haben scheinen:

*Si libertus praeterito patrono extraneum instituerit heredem et patronus antiquam contra tabulas bonorum possessionem petierit, in adoptionem se dederit, deinde scriptus omiserit hereditatem, patronus totorum bonorum* [20]) *liberti possessionem ut legitimus petere potest.*

Der Fall ist dieser: Ein Freygelassener hinterlässt von Personen, welche auf seinen Nachlass Anspruch machen könnten, nur seinen Patron, hat aber einen Fremden zum Erben eingesetzt. Der Patron, bevor er die *dimidiae partis b. p.* gefordert hat, erleidet eine *c. d.* durch Adoption. Darauf schlägt der Dritte die Erbschaft aus. Hier, entscheidet der Jurist, kann der Patron wie ein *legitimus* den Besitz der ganzen Erbschaft verlangen. Warum dieses? Es ist oben gezeigt worden, dass der Patron trotz der *c. d.* blos als

---

16) *L. 23. pr. D. de bon. libert.*
17) In Grolmans Magaz. B. III. S. 272. Anm. 6.
18) Zeitschr. a. a. O. S. 61.
19) Ebend. Anm. 14.
20) D. Gothofredus bemerkt zu diesen Worten: *al. certae partis bonorum.* Allein diese Lesart sieht ganz so aus, als wenn er sie erdacht hätte, welches noch wahrscheinlicher wird, wenn er sich dabey auf *L. 10. D. de bon. possess.* beruft.

Freylasser Anspruch auf die *dimidiae partis b. p.* hat, sogar wenn der Freygelassene mit einem Testament, worin Fremde eingesetzt sind, verstorben ist; noch vielmehr muss ihm also diese *b. p.* zustehn, wenn der verstorbene Freygelassene gar keine Testamentserben hinterlassen hat. In diesem Falle nun ist der Freygelassene *ab intestato* gestorben, weil sein Testament destitut wurde, folglich kann der Patron jene Hälfte verlangen. Da aber der Freygelassene vorausgesetzter Weise gar Niemanden hinterlassen hat, welcher auf die andere Hälfte Anspruch machen könnte, so wird aus jener Hälfte durch Zuwachsrecht von Anfang an ein Anspruch auf das Ganze und der Patron kann sich also den Besitz der ganzen Erbschaft geben lassen. Diese ganze Stelle soll demnach einen Fall darlegen, in welchem dem Patron seine *c. d.* nichts schadet und er trotz dem, dass er in der regelmässigen Reihe der *b. possessiones* als *capite deminutus* bis auf die letzte Classe gar nicht berufen wird und blos auf eine *dimidiae partis b. p.* Anspruch machen kann, doch ebenso als wenn er noch ein *legitimus* wäre eine *totorum b. p.* bekommen kann. Daraus erklärt sich denn auch, warum in dieser Stelle auf *totorum bonorum* ein so besonderes Gewicht gelegt und der Patron nach der *c. d.* mit seinem Zustande als *legitimus* so ausdrücklich verglichen wird. [21]). Zu letzterem lag ausserdem die speciellere Veranlassung noch darin, dass er kurz vorher noch ein *legitimus* gewesen war und als solcher mit der *b. p. unde legitimi*, auf welche er, da er sich arrogiren zu lassen wünschte, die Hoffnung schon ganz aufgegeben hatte, das ganze Vermögen hätte erhalten können. Denn sonst würde er auch in der Classe *unde cognati manumissoris* haben succediren können, worauf aber der Jurist aus der gedachten Veranlassung keine Rücksicht nimmt. Man braucht also nicht mit von Löhr ein *non* in diese Stelle einzuschieben und auch nicht mit Förster die Worte *ut legitimus* für untergeschoben zu halten, welches beydes dem Gedanken des Juristen etwas Wesentliches entziehen würde. Unterholzner scheint die Stelle so verstanden zu haben. In diesem

21) Ganz ähnlich steht in *L.* 3. §. 8. *D. de bon. libert.* „*ut patronus.*“

Falle, sagt er, war dem Patron durch die Existenz des Testaments die *c. t. b. p.* deferirt und diese blieb ihm trotz seiner *c. d.* deferirt, weil der Prätor auf letztere bey dieser *b. p.* nicht Rücksicht nimmt. Nachher schlug nun freylich der Erbe aus und machte das Testament destitut. Allein dadurch konnte die *c. t. b. p.*, welche einmal zur Zeit des Todes begründet war, nicht wieder aufgehoben werden, indem ja die Rechte, welche in Beziehung auf einen Nachlass deferirt werden, sich immer nach dem Augenblicke des Todes richten, ohne dass spätere Ereignisse etwas darin ändern können. Folglich blieb auch jetzt dem Patron noch seine *c. t. b. p.* Weil aber inzwischen der Erbe ausgefallen war, so ging sie nun nicht mehr blos auf die Hälfte, sondern die andere Hälfte accrescirte auch und er bekam die ganze Erbschaft, ebenso als wenn er als *legitimus* geerbt hätte (*ut legitimus*). — Diese Erklärung empfiehlt sich auf den ersten Blick durch Einfachheit, aber sie ist unrichtig aus dem einzigen Grunde, dass die *c. t. b. p.* nicht anders und nicht eher deferirt wird, als wenn der fremde Erbe die Erbschaft angetreten hat [22]). Folglich konnte in diesem Falle der Patron auf keine Weise eine *c. t. b. p.* verlangen.

Ein Fall wird erwähnt, in welchem es scheinen möchte, als hätten die Römer in demselben nicht mit gehöriger Consequenz unsern obigen Grundsatz angewandt. Das *SC. de assignandis libertis* hatte verordnet, dass ein Patron, sobald er nur zwey oder mehr Kinder in seiner Gewalt habe, einem oder mehren seiner Kinder mit Ausschluss aller andern die Patronatsrechte über seinen Freygelassenen sollte zutheilen können. Wenn nun der Freygelassene starb, so erbte der Assignator und seine Kinder mit Ausschluss seiner Brüder, übrigens aber nach gewöhnlichem Successionsrechte, und erst nach dem Aussterben dieses Stammes kam die Succession an die übrigen Kinder des Patrons zurück, so als wäre die Assignation gar nicht vorgefallen. Wie nun, wenn der Assignator einen emancipirten Sohn hinterliess, ward dieser auch den Brüdern des erstern vorgezogen? Hätte man diese Frage nach unserm obi-

22) *L.* 3. §. 5. *D. de bon. libert. L.* 4. *pr. D. de b. p. c. t.*

gen Principe entschieden, so würde der *emancipatus*, da ihm die *c. t. b. p.* von seinen Oheimen wenigstens nicht abzusprechen war, ebenfalls *ab intestato* die Hälfte haben bekommen müssen, die andere Hälfte würde mit der *b. p. unde legitimi* an die Oheime gefallen seyn. Anders aber entscheidet Ulpian[23]). Er zieht den *emancipatus* den *legitimis* ganz vor und gibt ihm eine *totorum b. p.* Warum dieses? — Weil für diesen Fall im Senatusconsult selbst ein näherer Entscheidungsgrund lag. Denn das Senatusconsult sagte, erst dann sollten die übrigen Kinder des Assignanten zur Erbschaft gelangen, wenn der Assignator keine Kinder habe („*utique si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, caeteris eius liberis, qui manumisit, perinde omnia iura serventur, ac si nihil de eo liberto eave liberta ei parens significasset*"). An sich konnte man nun wohl geneigt seyn anzunehmen, dass das Senatusconsult mit den *liberi ulli* die Kinder gemeint habe, welche in die Patronatsrechte einträten, d. h. die *sui in potestate.* Allein weil dieses zweifelhaft war und der natürliche Ausdruck „Kinder" auch eine natürliche Erklärung verlangte, zumal bey einem solchen fideicommissähnlichen Erweiterung verdienenden Institute[24]), so hielt man sich an das Wort; danach aber waren die *emancipati* wenigstens auch *liberi* und es folgte, dass so lange vom Assignator noch ein Kind

---

23) *L.* 3. §. 4. 5. *D. de assign. libert.*

24) Eben daher kam es, dass man auch die Assignation an einen *filius emancipatus* zuliess, wenn nur der Assignant ausserdem noch wenigstens zwey Kinder in der Gewalt hatte. *L.* 9. *D. de assign. libert.* Denn dieses war ebenso den Worten und dem ganzen Geiste des Senatusconsults gemäss. Aber nicht dem Sinne, meint Unterholzner (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 58.), der daher diese Auslegung eine Annäherung an Gesetzesverdrehung nennt. In der That ist jene Interpretation so offenbar gegen den sich zunächst darbiethenden Sinn des Senatusconsults, dass es Verläumdung wäre, zu sagen, Ulpian hätte dieses nicht eingesehn. Aber Ulpian bedachte die Zeit jenes Senatusconsults und das Bestreben derselben, dem Individuum gegen die Gattungsgesetze möglichst viel einzuräumen; wenn daher die Worte selbst nur einen dem gemässen Sinn irgend zuliessen und weiter nichts entgegenstand, als das Auflehnen der neuen so wörtlich verstandenen Verordnung gegen die hergebrachten Principien eines Civilrechts, welchem die Legislation jener Zeit überall beschränkend und abdingend entgegentrat, so musste man ohne Bedenken jene wörtliche Auslegung vorziehn.

übrig wäre, einerley ob in der Gewalt oder emancipirt [25]), so lange von diesem mit gänzlicher Ausschliessung aller übrigen Nachkommen des Patrons geerbt würde. Nehmen wir es nun recht juristisch genau, so wird ein solcher emancipirter Sohn ebenfalls eigentlich nur mit einer *dimidiae partis b. p. ab intestato* zugelassen (denn das Senatusconsult hat nicht sowohl eine neue Art der Erbfolge eingeführt, als die alten Arten zu erben auf Eine Familie mit Ausschluss der andern übertragen); diese *b. p.* umfasst aber in diesem Falle das Ganze, weil die *legitimi* durch das Senatusconsult ausgeschlossen sind. — Uebrigens sieht man hieraus wie unrichtig es wieder ist, wenn angenommen wird [26]), in diesem Falle sey der *emancipatus* mit einer *b. p. unde legitimi* geschützt worden.

Nachdem diese eigenthümliche Art, wie dem Patron nebst seinen Kindern nach erlittener *capitis deminutio* doch sein gewöhnliches prätorisches Erbrecht wenigstens auf die Hälfte auch *ab intestato* immer gesichert blieb, für die beyden ersten Classen bestimmt ist, ist die Frage sehr gleichgültig, ob der Prätor ihm dasselbe Vorrecht auch in der Classe *tanquam ex familia* zukommen lasse, insofern er dort als Mitglied seiner eigenen Familie erbe. Denn wenn dieses auch nicht der Fall wäre — wie es denn wirklich für den Patron selbst nicht der Fall ist — so wird er doch immer noch mit dieser *dimidiae partis b. p.*, welche von der Rangfolge der sieben Classen nach der zweyten ganz unabhängig ist, die Agnaten zum Theil ausschliessen. Hat er freylich seine hundert Tage nach der Delation versäumt und nachher würde erst *tanquam ex familia* deferirt, so würde er nun nicht mehr berufen seyn, weil, wie oben gezeigt ist [27]), in dieser Classe kein Patron, welcher sich selbst seiner Familie beraubt hat, zugelassen werden kann.

---

25) Man hätte selbst noch weiter gehn und alle Kinder ohne Rücksicht auf vorhandene oder vorhanden gewesene Gewalt für vorgezogen halten können, so wie es Cassius mit dem *SC. Largianum* machte (*Gai.* 3, 71.). Allein dieses würde auf jeden Fall dem Geiste des Senatusconsults wie der Bildung des ganzen damaligen Rechts entgegen gewesen seyn.

26) Zeitschr. a. a. O. S. 58.

27) S. oben S. 111.

## *Fünfter Aufsatz.*

## Von der Intestat-Succession in das Vermögen eines Kindes oder fernern Descendenten eines Freygelassenen.

Dieses Erbrechts, so weit es auf eigenthümlichen Grundlagen beruht, geschieht blos in drey Stellen unserer Quellen Erwähnung und auch da nur beyläufig, nähmlich:

*Cic. de Orat.* I, 39.

*Leg. Mos. et Rom. Collat.* 16, 8.

*Iustiniani Const. de bonis libert.* (in der Spangenbergischen Ausgabe *L. ult. C. de bon. libert.*)

Dagegen kennen wir sowohl das Erbrecht vermöge Patronats über Freygelassene als die Succession in die Güter der Freygebornen, aus welchen beyden zusammengenommen nothwendig das Erbrecht im Vermögen der Descendenz des Freygelassenen gebildet seyn muss, sehr genau. Ziehn wir nun diesen Zustand unserer unmittelbaren Erkenntnissquellen bey diesem Rechtstheile in Erwägung und bedenken zugleich die dem Römischen Rechte eigene Naturgemässheit und Consequenz in der Entwickelung, so können wir nicht zweifeln, welchen Weg wir bey dieser Untersuchung einzuschlagen haben. Leiten nähmlich muss uns eine folgerechte und analoge Construction dieses Erbrechts auf den Fundamenten, welche wir hier in der Natur schon vorgezeichnet finden; die wenigen uns aus dem Alterthum übrig gebliebenen Stellen dagegen können wir meist nur dazu benutzen, sie wie Trümmer alter Gebäude in dem neu aufzuführenden Baue am passenden Orte gleichsam wieder einzureihen, und wenn dieses glückt, darin einen Beweis, dass unsere Restitution gelungen sey, zu finden.

Da das zu untersuchende Erbrecht, wie alles übrige, ein zwiefaches ist, theils civiles theils prätorisches, welche beyde auf ganz verschiedenen Grundlagen beruhen, so werden wir gleich von Anfang an diese beyden Systeme des Erbrechts von einander sondern müssen. Nur die eine Bemerkung können wir für beyde gemeinschaftlich vorausschicken, dass der Successionsgrund, welcher beym Freygelassenen selbst ein gemischter ist, diesen Charakter auch beym Sohne

des Freygelassenen an sich trage, nur mit einer grossen obgleich sehr natürlichen Modification. Während nähmlich beym Freygelassenen, welchem die Verwandten nach oben und nach der Seite hin noch ganz fehlen, das Patronatsrecht als Grund der Succession vorherrscht, die Verwandtschaft unbedeutender erscheint, so zeigt sich bey seiner Descendenz das umgekehrte Verhältniss; denn als Freygeborner hat der Sohn des Freygelassenen schon Ascendenten und Seitenverwandte, und es wird bey ihm nicht so wie bey seinem Vater gleich nach den *sui* die Stelle der Agnaten durch den Patronat vertreten. Nach dieser Vorbemerkung handeln wir zuerst das civilrechtliche und nachher das prätorische Intestaterbrecht der Nachkommen der Freygelassenen ab.

1. Civilrecht.

Nach Civilrecht wurde auch der Sohn des Freygelassenen wie jeder Freygeborne von den gewöhnlichen drey Classen beerbt: 1) *sui*; 2) *agnati*; 3) *gentiles*. Unter diesen Classen bedürfen die ersten beyden, da sie ganz den gewöhnlichen Bestimmungen folgen, keiner besondern Auseinandersetzung. Dagegen hat die letzte etwas Abweichendes.

Nach der ursprünglichen genossenschaftlichen Einrichtung des Römischen Staats musste jeder Bürger in einer der politischen Genossenschaften stehn, in welche das ganze Volk zerfiel und deren unterste die *gentes* waren. Die Art und Weise aber, wie man zu einer *gens* gehören konnte, war eine doppelte, entweder als Herrschender, Vollfreyer, Adliger oder als Untergebener, Minderberechtigter, Erbunterthäniger: wonach das ganze Römische Volk sich in *gentiles* oder *patricii* und in *clientes* oder *plebs* im ursprünglichen Sinne des Worts [1]) theilte. Der Ursprung dieser Ver-

1) Der ursprüngliche Sinn von *plebes* ist ohne Zweifel die unausgezeichnete Menge (vielleicht von πολύς (*pleo* wie in *locuples*) und *betere*, die Masse der sich Bewegenden), weshalb das Wort auch schon vor Aufnahme der s. g. eigentlichen Plebejer gebräuchlich gewesen ist. *Populus* hat von Anfang an einen juristischen Sinn, nähmlich: die unmündige Gesammtheit, welche des Raths und Beystandes der Weisen (*senatores*, *patres*, *qui auctores fiunt*, *consilium publicum*) bedarf; daher *populus* und *pupillus* (beyde von *popus* s. *pupus* abzuleiten) die-

schiedenheit muss daraus erklärt werden, dass bey seinem Entstehn der Römische Staat aus zwey Classen von Menschen bestand, den Siegern, welche der Gattung nach in ihrem vorigen Staate von Urzeiten her frey gewesen waren (*gentem habebant*), und den Besiegten, welche von jenen entweder zu Sclaven gemacht und dann zum Theil freygelassen oder aus der Peregrinität nach Geschlechtsrecht aufgenommen waren, wodurch diese zwar auch dem Staate angehörten, in demselben aber nicht aus freyem Fleisch und Blut, sondern aus dem Eigenthum oder wenigstens der civil-negativen Freyheit (Peregrinität) hervorgegangen waren (*gentem non habebant*) [2]. Beyde Formen des Rechtslebens waren aber nicht individuell, sondern in der Gattung, daher sie auf die Kinder forterbten; denn das gerade, dass das Geschlecht in seinen ältesten Anfängen frey oder unfrey gewesen war, machte das Wesen dieses Unterschiedes aus. Freylich beruhten die *gentes* nicht durchaus auf wirklicher sondern meistens nur auf geglaubter Abstammung, aber weit entfernt, dass hierin ein Widerspruch gegen jenes Gattungs-

---

selbe Sache bezeichnen, nur in den verschiedenen Formen des öffentlichen und Privatrechts. Diese Ansicht ist nicht unwichtig für das Römische Staatsrecht. Niebuhrs Ableitung der *patricii* von: *qui patres habent*, ist ohne Zweifel richtig. Auch das Vaterverhältniss erscheint im öffentlichen Rechte, wie das der Tutel.

2) Bekanntlich bestand auch noch späterhin das Recht, dass wenn Fremde durch die Verwendung irgend eines Vornehmen im Staat das Bürgerrecht erhielten, sie nur, indem sie in dessen *nomen* und Clientel kamen auch in den Staat eintraten. — Auch die Nachricht von dem im Anfange des Staats eröffneten Asyl ist nicht zu verwerfen. Die auf diese Weise Aufgenommenen wurden eben so gut wie die Besiegten, Clienten. Endlich können auch die Vornehmen schon aus der Mutterstadt Clienten in den jungen Staat mitgebracht haben. Auf solche Weise würde die gewöhnliche Erzählung der Alten über Roms Anfang von der Wahrheit wenig abweichen. — Noch pflegt gefragt zu werden, wie der bey der Entstehungsgeschichte des Römischen Staats und in den 12 Tafeln erwähnte *patronus* zusammenhänge mit dem *patronus liberti* (vgl. Zimmern Rechtsgesch. §. 217. B. I. S. 789.). Der Zusammenhang ist dieser. Jener erste ist der Geschlechts- (Gentilitäts) Patron, der letztere der Patron des Individuums; in jenem erscheint also die *gens*, aus welcher der Client dem Geschlecht nach hervorgegangen ist, und einem einzelnen Gentilen aus ihr ist der Client ebenso assignirt, wie alle Gentilitätsrechte assignirt zu werden pflegten. Aus dieser Clientel haben sich denn mit dem Sinken des Gattungslebens späterhin jene willkührlichen Clientelen hervorgebildet.

princip der *gentes* läge, bringt diess das Wesen derselben vielmehr nothwendig mit sich. Denn jede Abstammung muss zwar wegen der nach langen Zeiträumen sich geltend machenden Uebergewalt des individuellen Lebens zuletzt vergessen oder verdunkelt werden — eine Nothwendigkeit, auf welcher der Staat, verschieden von der Familie, in der menschlichen Natur beruht; nichts desto weniger aber behauptet die Gattungsnatur doch auch ihre Rechte; nur tritt für die Vergangenheit an die Stelle der menschlichen Nachweisung des verwandtschaftlichen Zusammenhangs die göttliche oder für göttlich gehaltene Wahrheit der ursprünglichen Geschlechtseinheit [3]). Um aber diese Wahrheit für die ganze kommende Generation leicht erkennbar zu erhalten, wird jedem neuen Individuum, welches aus dem Geschlecht hervorgeht, der Nahme des ursprünglichen Stammvaters beygelegt. Auf diese Weise steht die *gens* gleichsam auf der Gränze zwischen Familie und Staat, zwischen Gattungs- und individuellem Rechtsleben: ersterm gehören

---

3) Welche vorzüglich durch Nahmensgleichheit und gewisse hergebrachte Opfer (*sacra gentilitia*) bestätigt und erhalten wurde. Denn der Nahme verdankt immer, wenn er für ein *genus* gilt, sein Daseyn göttlicher Kraft und Bestätigung (1 Buch Mos. 2, 19.), was auch die Heiden anerkannt haben. Vgl. z. B. *Liv.* 7, 32. *Non si mihi novum hoc Corvi cognomen Diis auctoribus homines dedistis, Poplicolarum vetustum familiae cognomen memoria excessit.* Der Nahme erhält sich nähmlich, wie die Macht eines Herrschers, nur durch Anerkennung und diese beruht auf Glauben, welcher stets von menschlicher Willkühr unabhängig ist. — Weil diese Wahrheit übrigens menschlich durch den Glauben entsteht, so kann auch gar wohl Jemand zum Erzvater eines Geschlechts angenommen werden, der es nach dem bisherigen Glauben nicht war, wodurch ein Geschlecht gleichsam adoptirt wird. Es bedarf dazu ausser dem durch *sacra* bekräftigten wahrhaften Glauben nur theils eines Gesetzes, wodurch der Glaube civilrechtlich werde, theils einer *naturae imitatio*, d. h. dass jene Abstammung an sich nicht unmöglich wäre, daher vorausgesetzt wird, dass die anzunehmende *gens* schon dasselbe *nomen gentilitium* führe, welches der anzunehmende Urvater führte. Mit Einem Worte, dieses ist eine Arrogation des gentilitischen Rechts, ganz so wie die eigentliche *arrogatio* sich auf das familiarische Recht (menschlich nachweisbare Verwandtschaft) bezieht. Das Andenken derselben hat uns aufbewahrt *Cic. Brut.* 12. — *genera etiam falsa et a plebe transitiones, cum homines humiliores in alienum eiusdem nominis infunderentur genus: ut si ego me a M'. Tullio esse dicerem, qui patriciis cum Servio Sulpicio consule anno X post exactos reges fuit.* Diese Stelle enthält eine genaue und rechtliche Anspielung: Gewohnheitsrecht konnte eben so viel bewirken wie Gesetz. Die *sacrorum detestatio* aber bezog sich besonders auch auf diese gentilitische Arrogation.

ihre Wurzeln noch an; der Baum selbst aber und seine Früchte sind *iuris publici* [3*]). Was nun aber die Fortbildung der *gens* betrifft, so sind in dieser Beziehung der adlige und der erbunterthänige Theil der *gens* sehr verschieden. Jener kann sich nur durch Geburt, der jedoch *adoptio* und *in manum conventio* gleichstehn, aus urfreyem Geschlecht erhalten; auch würde jeder Uebergang in die Familie einer andern *gens* dem *capite minutus* sammt seinen Nachkommen ihre vorige Gentilität nehmen, weil ihre bisherige Abstammung dadurch vernichtet wird [4]). Dage-

3*) Zur Bestätigung der oben im Text vorgetragenen Ansicht über den Ursprung und das Wesen der *gentes*, welche übrigens auch schon die Alten und die bey allen Völkern, welche *gentes* kannten, dafür gebräuchlichen auf Verwandtschaft hindeutenden Ausdrücke für sich hat, möge es erlaubt seyn, aus der Verfassung Meklenburgs ein Beyspiel anzuführen, auf welches mein gelehrter Freund, der Professor Kämmerer, mich aufmerksam gemacht hat. Dieses ist, dass selbst nach heutigem Meklenburgischen Lehnrecht es ausser der ordentlichen auf nachweisbarer Lehnsagnation gegründeten Lehnsfolge noch eine auf diese folgende gibt unter dem Nahmen der „Lehnsfolge der Nahmens- und Schildvettern in alte Lehne", deren Natur aus der Antwort hinlänglich hervorgeht, welche auf Herzogs Ulrich desfallsige Anfrage die zu Güstrow im J. 1582 versammelte Ritterschaft ertheilte: „dass sie in altväterlichen Stammlehen von keiner gesambten Hand wissen, sondern von ihren Voraltern gehöret haben, dass die, so eines Nahmens Schild und Helmes seind, und sich vor Vettern gehalten haben, in denen Lehngütern einander succediret, wenn sie gleich keine Siepschaft haben berechnen können." (S. Gerdes Nützl. Sammlungen St. 2. No. 2. S. 78.) Eine Zeitlang wurde dieses Successionsrecht nach der Gehörigkeit zum Geschlecht, wie es ein Schriftsteller darüber sehr richtig nennt (von Kamptz Beytr. z. Mecklenburg. Staats- und Privat-Recht B. I. S. 120.), als durch lange Gewohnheit begründet bestritten, durch die Landes-Reversalen von 1621. Art. 24. aber für immer anerkannt. Nur was „alte Lehen" seyen, ist immer viel gestritten worden. Nach der Idee, welche diesem gentilitischen Rechte zum Grunde liegt, scheint es, dass dieser Ausdruck hier nicht im gewöhnlichen lehnsrechtlichen Sinne zu nehmen, sondern solche Lehne darunter zu verstehn seyen, welche ebenfalls seit undenklichen Zeiten in dem Geschlecht gewesen sind („altväterliche"), wie bey den Israeliten das dem Geschlecht ursprünglich angewiesene Land.

4) *Cic. Top.* 6. erwähnt als Erforderniss der (adligen) Gentilität auch: *Quorum maiorum nemo servitutem servivit* und *qui capite non sunt deminuti.* Das erste geht auf Abwesenheit einer *manumissio ex servitute* im Geschlecht; das letztere auf *potestas* und *manus*, in welche Jemand bey einem Adoptivvater oder *coëmptionator* einer fremden *gens* eintritt; wie aber mit dem *mancipium?* Ich glaube nicht, dass dieses der Gentilität schade; denn man verliehrt dadurch weder seine Ingenuität, noch kommt man dadurch in eine andere Abstammung (*nomen*) hinein. Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen *Mühlen-*

gen die Clientel, zu deren Entstehn es hinreicht, dass man in seinem Geschlecht aus einer im Staat anerkannten Unfreyheit herstamme, kann sich auf mehrfache Weise fortbilden, theils nähmlich durch neue Freylassungen, welche Gentilen oder Clienten vornehmen, theils durch Abstammung von einem freygelassenen Geschlecht. Bey dem letztern Falle als dem hieher gehörigen, wollen wir etwas verweilen.

Wenn es hiernach feststeht, dass die Nachkommen von Freygelassenen eben so gut, wie die Freygelassenen selbst, als Unterthänige zur *gens* gehören, und wenn es wahr ist, was wir anderwärts gezeigt haben, dass das Intestaterbrecht aus der Agnation, dem Patronat und der Gentilität darauf beruht, dass des Verstorbenen Vermögen den Gattungsgesetzen gemäss dahin zurückstreben muss, wovon es ohne die Existenz des Verstorbenen gar nicht ausgeschieden seyn würde, so geht hieraus für die gentilitische Beerbung des Sohnes oder entfernteren Nachkommen eines Freygelassenen von selbst der Grundsatz hervor, dass in sein Vermögen das Erbrecht des Gentilen eben so gut statt finden müsse, wie in das Vermögen des Freygelassenen selbst, dass dieses Erbrecht aber auch nicht anders an die Reihe kommen könne, als wenn das aus der Agnation nicht statt finde, d. h. keine Agnaten da seyen. Denn da die *gens* lediglich in der Gattung besteht, und daher der Freygelassene und seine entferntesten Nachkommen in dieser Beziehung sich gleich sind, so ist es wahr, dass wenn das Geschlecht des Verstorbenen gar nicht existirt hätte, d. h. gar nicht freygelassen oder in

---

bruch *Prol. de gentib. et famil. veter. Romanor.* §. XIV. und Glück Intestaterbfolge §. 67. S. 231 flg. theils durch eine hier nicht passende Vergleichung des *emancipatus* mit dem *libertus*, theils durch Berufung auf §. 9. *I. de hereditat. quae ab intest.* Allein die Worte dieser Stelle: *Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio iure per legem XII tabularum vocantur.* sollen nicht auf die Agnaten- und Gentilenberufung gehn, sondern einen Gegensatz zu der prätorischen Berufung der Kinder des Vaters als solcher bilden. Vgl. *Gai.* 3, 19. — Es versteht sich übrigens nach meiner Meinung von selbst, dass darauf, ob der Vater oder ein *extraneus* das Kind freygemacht hatte, nichts ankam.

den Staat aufgenommen worden wäre, die jetzt zu erbende Vermögensfreyheit in der adligen *gens* zurückgeblieben wäre. Damit aber die *gens* auch die nächste Entwickelungsform der Familie sey, auf welche das zurückstrebende Vermögen stosse, ist zugleich nothwendig, dass nicht noch Agnaten überleben [5]), welche sonst, indem das ganze Geschlecht ja dann noch nicht ausgestorben ist, das Vermögen in dem Geschlechte selbst noch zurückbehalten.

Wenn nun hiermit das gentilitische Erbrecht im Vermögen der Nachkommen von Freygelassenen dargethan ist, so wird das keiner weitläuftigen Nachweisung bedürfen, dass der Patron des Freygelassenen, von welchem der Verstorbene abstammte, keinen civilrechtlichen Anspruch auf ein Intestaterbrecht haben kann. Denn alle civilen Patronatsrechte beruhen auf der durch die Freylassung zwischen dem Freylasser und dem Freygelassenen begründeten Schutzvaterschaft. Da diese nun bey dem freygebornen Kinde des Freygelassenen, welches einen wirklichen Vater hat, nicht denkbar ist, so kann auch ein Patronat über dasselbe nicht statt finden [6]). So viel Aehnliches also sonst auch Freyge-

---

5) Wenn sie überlebten und ausschlügen, so würde den Gentilen nicht deferirt; denn *in iure civili non est successio.* Warum das? Deshalb, weil das Intestaterbrecht eine lebendige nur rückwärts gekehrte Entwickelung der Familienfreyheit in Individuen ist. So wie nun ein Pfropfreis, wenn es auf einen Baum gesetzt wurde und daselbst nicht angeht, abstirbt und nicht mehr auf einen andern Baum gesetzt werden kann, oder wie eine todtgeborene Leibesfrucht nicht in Mutterleib zurückkehrt um abermals geboren zu werden, so muss auch das Erbvermögen, wenn es von denjenigen Individuen der Familie, denen es angebothen wurde, nicht angenommen wird, seine Lebenskraft verliehren, als todte Masse (*bona vacantia*) auseinanderfallen und kann nicht mehr von den folgenden Familiengliedern erworben werden. Nur die Usucapion einer solchen Erbschaft, da diese Erwerbart nicht auf dem Familienleben beruht, ist noch möglich. Da nun der Prätor mit seiner *b. p.* ursprünglich blos die Usucapion der Erbschaft auf billige Weise reguliren und sichern wollte, so musste er auch die Billigkeit der *successio* bey seinen *b. possessiones* gelten lassen.

6) Hiergegen kann nicht eingewandt werden das Recht des Patrons, vom Sohne des Freygelassenen Ehrerbiethung und die daraus hervorgehenden Pflichterfüllungen zu verlangen. Denn dieses beruht auf der *naturalis aequitas*, welche zuerst der Prätor und später die Kaiser aufgefasst und ausgebildet haben. Das prätorische Edict nähmlich oder eigentlich dessen Interpretation verboth, den Patron des Vaters ohne prätorische Erlaubniss vor Gericht zu rufen und ehrenrührige

lassener und eines Freygelassenen Sohn in ihrer individuellen Freyheit, d. h. im öffentlichen Rechte haben mögen, so findet sich doch in den eigentlichen Privatrechten (zu denen die gentilitischen nicht mehr zu rechnen sind) die schärfste Gränze zwischen beyden gezogen; und sehr wahrscheinlich lag hierin der Grund, warum die ältere Sprache, so lange die Gentilität noch in Gebrauch war, bey Bezeichnung des Freygelassenen und seines Sohnes schon im Laute diese Gränze zwischen Patronats- und blosser Gentilitätsberechtigung anzeigte [7]).

Eine Bestätigung des Erbrechts der Gentilen am Vermögen des Sohns eines Freygelassenen haben wir nun in der berühmten Stelle des *Cic. de orat.* I, 39.

*Quid, qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent; nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum?*

Keine von den vielen versuchten Auslegungen dieser Stelle

---

Klagen gegen ihn anzustellen. *L.* 2. §. 2. *D. Qui satisd. cog. L.* 5. *pr. D. de obseq. parent. L.* 2. *C. de in ius voc* Nachmals gestatteten die kaiserlichen Constitutionen die *ingrati accusatio*, die ebenfalls auf der verletzten natürlichen Pflicht der Ehrerbiethung beruhte, auch gegen den Sohn des Freygelassenen, und obgleich Valentinian III. in *Nov. anteiust.* 68. dieses Recht sehr beschränkte, so finden wir es doch noch ungeschmälert in Justinians *Nov.* 22. *c.* 9., ohne Zweifel weil das Valentinianische Gesetz nicht nach dem Orient gekommen war.

7) *Libertus* hiess der Freygelassene (*liberatus*) selbst, über den noch Patronat galt; *libertinus* der Sohn desselben, der auch noch auf manche Weise in der *gens* und im öffentlichen Rechte durch seine Abstammung benachtheiligt war, weshalb man noch auf diese im Nahmen hinwies, doch aber dem Patronat nicht mehr unterlag. *Sueton. Claud.* 24. *Isidor. Orig.* 9, 4. Sehr leicht entwickelte sich aus diesem ursprünglichen Sprachgebrauche der später übliche, wonach *libertus* den Freygelassenen in Beziehung auf seinen Patron, *libertinus* den Freygelassenen nach seinem Stande, d. i. in Beziehung auf das öffentliche Recht bezeichnete. Späterhin nähmlich verschwand beynahe die rechtliche Eigenthümlichkeit des Sohns des Freygelassenen vor anderen Freygebornen, insonderheit durch Untergang des gentilitischen Rechts und man zog ihn durchaus mit zu den *ingenuis;* da aber das Wort *libertinus* die bey diesem allein vorhandene Beziehung seines Standes im öffentlichen Recht ausdrückte, so wandte man es auf den allein zurückgebliebenen Freygelassenen selbst an, um bey diesem seine Beziehung zum Staat im Gegensatz gegen die zum Patron, welche immer mit *libertus* bezeichnet war, auszudrücken.

hebt alle Schwierigkeiten, weshalb ein neuer Versuch sie zu erklären, der im Folgenden gemacht werden soll, gewiss Entschuldigung verdient. Um aber die Erklärung, welche ich für die richtige halte, vorzubereiten schicke ich einige Bemerkungen voraus.

Bekanntlich wird jetzt fast von Allen behauptet, die gentilitischen Rechte seyen ein Vorrecht der Patricier gewesen und haben der *plebs* nicht auch zugestanden. Diese Behauptung ist auch für die ältesten Zeiten allgemein und für die spätern wenigstens einiger Massen wahr; jedoch so ganz ohne Einschränkung hingestellt enthält sie, wie ich glaube, einen Irrthum. Betrachten wir zuerst die Sache nach innerer Wahrscheinlichkeit und ohne Rücksicht auf unterstützende oder widerlegende Zeugnisse aus dem Alterthum, so drängt sich bey der oben gegebenen Herleitung der Gentilität unabweislich die Frage auf, was für ein Recht wohl in dieser Beziehung bey den jetzt eigentlich s. g. Plebejern d. i. bey den Bürgern gegolten haben möge, welche an sich weder zu den Patriciern gehörten, weil sie nicht von den ursprünglichen Bürgern Roms abstammten, noch auch zu den Clienten, weil sie weder freygelassen noch als Einzelne durch einen Patron in den Staat gekommen, sondern volksmässig den bisherigen Bestandtheilen des Staats in Aeckern und Geschlechtern angereiht worden waren [7*]). So viel ist klar, dass sie eben so wenig an den Rechten der patricischen Geschlechter als an den Verpflichtungen der bisherigen Clienten Theil nahmen, weil sie weder in die einen noch in die andern aufgenommen wurden, und ohne eine besondere *lex* auch nicht aufgenommen werden konnten [8]). Eine ganz an-

---

7*) Vgl. Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 3. S. 213.

8) Man möchte einwenden, sie hätten sich doch in die Clientel eines Patriciers begeben können; allein eine Clientel kann nach ursprünglichem Rechte nicht anders entstehn als durch Fortentwickelung des Geschlechts in Einzelnen, also durch Manumission oder Aufnahme Einzelner aus der Fremde. Das *ius applicationis*, welches man hieher zu ziehn geneigt seyn könnte (*Cic. de Orat.* I, 39.) fand, wie es scheint, über Bürger nicht statt, sondern nur über Fremde, welche aus ihrem Staate exilirt in Rom Aufnahme gefunden hatten. Auffallender Weise versteht Puchta Gewohnheitsrecht 1. Th. S. 30. die Stelle von Cicero so, als wäre dort von einem exilirten Römischen Bürger die Re-

dere Frage ist dagegen die, ob die Plebejer nicht eigene *gentes* und *clientelae*, denen der Patricier zwar analog aber doch unabhängig von ihnen gehabt haben. Diess muss allerdings mehr als wahrscheinlich erscheinen. Denn theils war die Gentilität, wie man aus der Einrichtung der Nahmen sieht, keineswegs blos ein Römisches, sondern ein allgemein latinisches ja italisches Institut und sehr viele Plebejer, welche mit dem Bürgerrecht beschenkt wurden, hatten ohne Zweifel in ihren ursprünglichen Staaten ein dem patricischen zu Rom sehr ähnliches Gentilitätsrecht besessen, theils beruhte der Ursprung von *gentes* nicht auf ausdrücklicher gesetzlicher Errichtung, sondern war, wie oben gezeigt ist, durch die Entwickelung der Geschlechter in einem Staat selbst gegeben, so dass wenn sich nur das Wesen zeigte, das Recht nicht noch besonders hinzugethan zu werden brauchte, theils endlich mussten solche Rechte bey den Plebejern sich vorzüglich leicht deshalb erzeugen, weil sie an hohem Alter, Glanz der Geschlechter und an politischer Berechtigung den Patriciern bald gleich kamen [9]). Nur muss man hier zweyerley wohl unterscheiden. Wenn die Plebejer auch wirklich *gentes* bildeten, so waren diese *gentes* doch damit den patricischen für das Ganze des Römischen Staats geltenden noch keineswegs gleichgeltend. Man kann sie in dieser Beziehung mit andern plebejischen Vereinigungen, z. B. den *concilia plebis*, vergleichen, welche auch rechtlich

---

de, dem es verstattet worden wäre in Rom sich aufzuhalten — in der That eine *contradictio in adiecto.*

9) *Liv.* 10, 8. *Semper ista audita sunt eadem, penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere — — En unquam fando audistis, patricios primo esse factos non de coelo demissos, sed qui patrem ciere possent, id est, nihil ultra, quam ingenuos? Consulem iam patrem ciere possum, avumque iam poterit filius meus.* — Decius drückt hier den Satz rednerisch aus, dass das Daseyn der patricischen *gentes* nicht auf einem bestimmten besondern historischen Factum, sondern nur auf einer allgemeinen Entwickelungserscheinung der freyen Geschlechter in einem Staate beruhe, welche sich daher unter gleichen Verhältnissen auch bey andern Bürgern gar wohl wiederholen könne. Die Plebejer nahmentlich seyen eben so ursprünglich frey im Römischen Staate wie die Patricier, die doch auch einmal in diesem Staate zu seyn angefangen hätten. Das, was ihnen allein noch fehle, Ansehen und Auszeichnung vor dem gemeinen Haufen, würden ihre häufigen Ehrenämter, welche sie zu bekleiden anfingen, ihnen bald geben.

bestanden, aber nur für die *plebs* Wirkung hatten, während ähnliche Vereine der Patricier, wie die *comitia curiata*, ausser der Gestaltung, welche sie der Patriciergemeinde gaben, auch noch den Mittelpunct des ganzen Staatslebens enthielten. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt in weiter nichts als darin, dass die Patricier der ursprüngliche Stamm des Römischen Staats waren, die Plebejer erst später in denselben aufgenommen wurden und nun natürlich die ersten ihre angestammten Rechte behielten, während die letzten zunächst nichts weiter als Bürger wurden. Hieraus wird sich nun das Wesen der plebejischen *gentes* im Verhältniss zu den patricischen leicht bestimmen lassen. Beyde waren rechtlich anerkannte Genossenschaften, die auf gleiche Weise aus einem adligen und einem unterthänigen Theile bestanden und sich auf dieselbe oben beschriebene Weise fortbildeten. Hinsichtlich der an die *gens* geknüpften Rechte aber waren diejenigen, welche sich auf die *gens* in sich selbst beschränkten, wie *sacra*, gemeinschaftliches Eigenthum, Statuten und Gewohnheiten, Erbrecht und Vormundschaft ebenfalls gemeinschaftlich. Was dagegen darüber hinauslag, z. B. die Berechtigung durch die *gentes* zu den *curiae*, zu den alten Rittergeschlechtern, zu den *patres* zu gehören, durch Auspicien den Willen der alten Staatsgottheiten zu befragen, war Vorzug der Patricier, die in dieser Beziehung mit Recht behaupteten, allein *gentes* zu besitzen und sie auch nie mit den Plebejern getheilt haben. Ausserdem lässt sich auch in der Bildung dieser Geschlechtsgenossenschaften zwischen Patriciern und Plebejern noch eine Verschiedenheit vermuthen. Das Princip des patricischen Rechtslebens als des ursprünglichen Elements des Römischen Staats ist bekanntlich Einfachheit, Festigkeit, Unbeweglichkeit; das des plebejischen dagegen, welches durch sich selbst nichts Eigenthümliches hatte, sondern durch die Verhältnisse sich erst bildete, Mannigfaltigkeit, Wandelbarkeit, Beweglichkeit. Hiernach könnte es nicht befremden, wenn wir bey der *plebs* die Geschlechtsvereine auch in mannigfaltigern Ausbildungen der Grundform, worauf sie beruhten, fänden, nahmentlich dass ausser den allgemeinen auf das eigentliche *nomen gentilitium* ge-

gründeten Genossenschaften, auch wohl diejenigen, welche in einer *gens* dasselbe *nomen familiare* führten, wegen Länge der Zeit aber, in welcher ihr Geschlecht geblüht hatte, und wegen der grossen Verzweigungen desselben, sich durch das Band der Cognation nicht mehr zusammenzuhalten vermochten, in ähnliche engere geschlechtliche Genossenschaften sich aufgelöst hätten. Den Nahmen *gentes* hätte man diesen Vereinigungen freylich nicht geben können, weil dieser mit dem *nomen gentilitium* aufs engste zusammenhing; aber wenn man sie auch *familiae* oder *stirpes* nannte, so konnte dieses doch nicht hindern, dass die Rechte, welche aus Geschlechtsgenossenschaften als solchen herfliessen, ihnen mit den *gentes* gemeinsam waren. Die innere Nothwendigkeit dieser Ausbildung der Familien und die Gleichheit ihres Fundaments würde es mich selbst nicht auffallend finden lassen, wenn auch bey den Patriciern solche an das *cognomen* gebundene Vereinigungen nachgewiesen würden, zumal in späterer Zeit, wo die Fülle des politischen Lebens dieses selbst ausarten machte und der Herrschaft der alten einfachen Regeln entzog.

Was nun die Zeugnisse aus dem Alterthum über diesen Gegenstand betrifft, so scheint aus ihnen so viel ausgemacht, dass bey den Plebejern ebenfalls *gentes* und gentilitische Rechte anerkannt wurden. Festus im Auszuge [10]) führt an, dass *gens Aelia* genannt werde, welche aus vielen Familien bestehe; die Aelier waren aber bekanntlich Plebejer; und Varro [11]) sagt von dem Tribun C. Licinius, dass er mit einem andern derselben *gens* angehört habe. Aehnliche Stellen liessen sich gewiss noch viele anführen. Dass diese *gentes* aber auch dieselben Rechte gehabt, wie die patricischen, scheint besonders aus einer Stelle in Ciceros Rede

10) *v. Gens Aelia dicitur, quae ex multis familiis conficitur.* Es scheint also, dass das älische Geschlecht wegen seiner grossen Ausdehnung zum Sprichwort geworden sey: obgleich man diese Stelle gewöhnlich anders interpretirt.

11) *De re rust.* 1, 2. *Eiusdem gentis C. Licinius tribunus pl. cum esset post reges exactos annis CCCLXV primus populum ad leges accipiundas in septem iugera forensia (l. forum versus) e comitio eduxit.*

*pro domo*[12]) hervorzugehn, wo er eine patricische und plebejische *gens* in den hauptsächlichsten gentilitischen Rechten einander völlig gleichstellt, und aus einer andern Stelle derselben Rede[13]), nach welcher einer plebejischen *gens*, d. i. den Familienvätern derselben, eben so wie einer patricischen, ein Grundstück assignirt werden konnte. Auch beschränkt weder die Definition der Gentilen bey Cicero[14]) noch die bey Festus aus Cincius[15]) dieses Institut irgend auf die Patricier, und die vorhin angeführte Stelle des Livius deutet nur die Zeit an, in welcher die plebejischen Geschlechter zu denselben Vorrechten, durch welche die Patricier bis dahin vor ihnen bevorzugt waren, sich erhoben. Es würden ferner die *transitiones a plebe ad patres* und *a patribus ad plebem* nicht wohl gedacht werden können, wenn nicht die *gentes* der Plebejer eben so wie die der Patricier eine innere Bedeutung gehabt hätten[16]). Eine Aeusserung endlich bey Paullus[17]), zufolge deren die Intestaterbschaft nach den zwölf Tafeln nur zuweilen den Gentilen anheimgefallen seyn soll und welche man wohl auf die patricischen Erbschaften gedeutet hat, kann eben so gut auch so erklärt werden, dass sie sich auf diejenigen Geschlechter, sowohl plebejische als patricische beziehn, welche durch Ansehn und alte Nobilität eine gentilitische Vereinigung erreicht hatten, was bey weitem nicht bey allen plebejischen Familien der Fall und stets eine Thatfrage war. —

---

12) *C.* 13. *Ita perturbatis sacris, contaminatis gentibus, et quam deseruisti, et quam polluisti, iure Quiritium legitimo tutelarum et hereditatum relicto, factus es eius filius contra fas, cuius per aetatem pater esse potuisti.* Eben so *Liv.* 4, 1. von den Wechselheirathen der Patricier und Plebejer: *confundique iura gentium rebantur.*

13) *C.* 44. *Inferiorem aedium partem assignavit non suae genti Fonteiae, sed Clodiae, quam reliquit: quem in numerum ex multis Clodiis nemo nomen dedit, nisi aut egestate aut scelere perditus.*

14) *Top.* 6. Alle daselbst angegebene Merkmale passen auf urfreye plebejische Geschlechter eben so gut wie auf patricische.

15) *v. Gentiles.*

16) Beyspiele des Uebergangs zu den *patres* s. bey *Cic. Brut.* 16. *Sueton. Octav.* 2. um die Standeserhöhungen von vielen *gentes* auf einmal unter den Königen, Julius Cäsar, Augustus und Claudius nicht zu erwähnen. Beyspiele des Gegentheils bey *Liv.* 4, 16. *Sueton. l. c.*

17) *Mos. et Rom. leg. collat.* 16, 3.

Für die andere aufgestellte Behauptung, dass auch die Familien von plebejischen *gentes* wieder den *gentes* ähnliche Genossenschaften gebildet haben, spricht freylich die Natur der Sache deutlich genug. Jedoch fehlt es auch nicht an deutlichen Zeugnissen. Das ausdrücklichste ist wohl das in der Stelle des Festus über die verschiedenen Arten der *sacra* bey den Römern [18]), wo er unter den *sacris privatis* ausser denen *pro singulis hominibus* und *gentibus* auch noch die *pro familiis* nennt, welche offenbar nur auf solche Familien-Corporationen gehen können. Auf diese *sacra* ist denn auch zu beziehn, was *Cic. de legib.* 2, 11. sagt: *Iam ritus familiae patrumque servare id est* (*quoniam antiquitas proxime accedit ad deos*) *a diis quasi traditam religionem tueri.* Denn mit dem Zusatze: *patrumque* wird eben, wie es scheint, bezeichnet, dass *familia* hier in dem weitern Sinne, in welchem sie über die Agnation hinausreicht, gemeint sey. Nicht weniger beweisend ist ferner, was Plinius aus Varro berichtet: *M. Varro tradit in Sarranorum familia gentilitium esse feminas linea veste non uti* [19]). Denn

---

18) *v. Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis. at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.* Die Ordnung, in welcher die letzten drey Arten von *sacra* aufgeführt werden, ist auch bemerkenswerth; denn der Schriftsteller geht offenbar vom Speciellern zum Allgemeinern über. Savigny (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. B. II. S. 383.), der überhaupt eine ganz verschiedene Ansicht von den *gentes* hat, schafft dieses offenbar alte und ächte Zeugniss ganz willkührlich auf die Seite. Von *sacris, quae certis familiis assignata sunt* und worunter im Gegensatz der *popularia* nothwendig jene drey Arten zu verstehn sind, redet auch *Labeo* bey *Fest. v. Popularia sacra.* Darin übrigens halte ich Niebuhrs und Savignys Meinung für richtig, dass unter den *sacra pro sacellis sacra gentilitia* zu verstehn sind, jedoch nur ein Theil derselben, nähmlich die für Staatsgottheiten bestimmten *sacra*, welche durch gewisse Geschlechter aber nicht *pro gentibus* sondern *pro populo sumptu publico* verwaltet wurden. (Vgl. *Fest. v. Minucia, Fatugal. Sueton. Octav.* 1.). Der Boden, wo *sacra privata* und folglich auch *sacra pro gentibus* vorgenommen wurden, war nicht *solum sacrum* (*Fest. v. Sacer mons*), gerade weil dieses keine *publica sacra* waren. Wo aber ein *sacellum* ist, ergibt der Nahme schon das Gegentheil, desgleichen *Cic. de harusp. rep.* 15. Auf jene Opfer der Patricier in den *sacellis* ist es auch zu beziehn, wenn Claudius Crassus bey *Liv.* 6, 41. sagt: — *sed nos quoque ipsi sine suffragio populi auspicato interregem prodamus et privatim auspicia habeamus, quae isti in magistratibus quidem habent.*

19) *H. N.* 19, 2. Es ist nicht unwichtig zu bemerken, dass die Sar-

wird hier nicht geradezu einer Familie dem Ausdruck und der Sache nach etwas beygelegt, was nur von einer gentilitischen Gesammtheit gesagt werden kann? Ferner wissen wir, dass die *Lamiae*, ein Zweig der sehr ausgebreiteten *gens Aelia* sich wieder auf einen besondern Stammheros zurückführten, was auch nur bey einer geschlechtlichen Gesammtheit gedacht werden kann [20]). Auch wäre die spätere Gleichstellung der Nahmen *familia* und *gens* nicht wohl zu erklären, wenn nicht beyde in einer bestimmten Bedeutung des Worts *familia* der Sache nach gleichartig gewesen wären und der Unterschied blos in der Form des Nahmens, wodurch *gentiles* oder *familiares* sich erkannten, gelegen hätte [21]). Endlich kann zur Bestätigung und Verdeutlichung der hier vorgetragenen Ansicht noch das Beyspiel des Israelitischen Volks dienen. Aus Mos. 4, 26. geht hervor, dass die Geschlechter der Israeliten meistens von den Söhnen, Enkeln oder Urenkeln der zwölf Stammväter herrührten; oft aber, wenn jene Geschlechtsstifter wieder ausgezeichnete Söhne hatten, bildeten sich von diesen aus wieder besondere Geschlechter. Z. B. im Stamme Joseph kam von Machir dem Sohne des Manasse, Sohnes Josephs, das Geschlecht der Machiriten; von Gilead, dem Sohne Machirs, das Geschlecht der Gileaditer, und von dessen sechs Söhnen wie-

---

raner zu dem plebejischen Geschlecht der Attilier gehörten. S. *Interpr. ad Virgil. Aen.* 6, 845. *Sil. Ital.* 6, 62.

20) *Horat. Od.* III, 17. *v.* 1—8. Dieses Geschlecht war so berühmt, dass man sprichwörtlich so wie die Aelier für ein sehr ausgebreitetes, so die Lamier für ein sehr altes Geschlecht setzte. Vgl. *Iuvenal. Sat.* 4, 154. 6, 385.

21) *Fest. v. familia.* *L.* 195. §. 4. *D. de V. S.* und die von Savigny a. a. O. S. 385. Not. 33—35. gesammelten Beyspiele. — Auch ist es unrichtig, wenn Savigny daselbst behauptet, dass Livius niemals statt *gens* den Ausdruck *familia* setze; z. B. 6, 40. *An hoc, si Claudiae familiae non sim, nec ex patricio sanguine ortus etc.* und kurz vorher sagt Claudius abwechselnd *nostrae familiae* und *Claudia gens.* Desgleichen 2, 49. *Manat tota urbe rumor, Fabios ad coelum laudibus ferunt. Familiam unam subisse civitatis onus — — Si sint duae roboris eiusdem in urbe gentes: deposcant haec Volscos sibi, illa Aequos.* Auch 3, 25. *etc.* Dieser Sprachgebrauch ist auch gewiss sehr alt (obgleich nicht kunstmässig), weil er ganz in der Natur der Entstehung der *gentes* gegründet ist. Ulpians Darstellung der Bedeutungen von *familia* (*L.* 195. §. 4. *D. de V. S.*) verdient auch in dieser Beziehung musterhaft genannt zu werden.

der sechs Geschlechter. Auf ähnliche Weise muss man sich nun auch bey den Römern ein Geschlecht der Sarraner in sich unabhängig von dem der Aelier denken. Bey den Israeliten scheint es nur von Anfang an kein Bedenken gehabt zu haben, dass z. B. die Gileaditer ein von den Machiriten ganz getrenntes unabhängiges Geschlecht bildeten, was durch die unvollkommene Art ihrer Nahmeneinrichtung und durch die Anbetung des einigen Gottes möglich gemacht wurde.

Nach Vorausschickung dieser Bemerkungen über das Wesen der *gentes* und *familiae* bey den Römern überhaupt wenden wir uns nun zur Erklärung der Stelle aus Cicero selbst, welche, wenn mich nicht Alles trügt, gerade von einem Conflicte der patricischen und plebejischen Geschlechtsgenossenschaftsrechte zu verstehn ist. Ein *libertinus* im alten Sinne des Worts Nahmens Claudius war ohne Testament und ohne Anverwandte gestorben. Sein Vater war von einem Claudius Marcellus d. i. von einer vornehmen plebejischen Familie freygelassen worden. Jetzt entstand die Frage, wer ihn beerben sollte. Zwey Partheyen machten Ansprüche, die plebejische Familie der Claudii Marcelli und die patricischen Claudier; jene behaupteten ihnen komme die Erbschaft *stirpe* zu, diese *gente*. Die Sache wurde vor den Centumvirn verhandelt und die Anwälte mussten das ganze Recht der *gentilitas* und der *stirps* auseinandersetzen. Diesen Rechtsstreit erklär' ich nun so: Beyde Theile behaupteten, wie auch Cicero ausdrücklich sagt, eine *hereditas* und zwar beyde nicht nach dem Rechte der Agnation oder des Patronats, weil dieses für keine von beyden statt fand, sondern nach dem Rechte des Geschlechts. Die Claudier aber behaupteten sie nach der eigentlichen Gentilität, die Marceller nach der besondern Geschlechtsgenossenschaft der Marceller, welche nicht *gens* genannt wurde, weil dieses Wort sich auf gleiches *nomen gentilitium* bezieht, sondern *stirps*, ein Ausdruck der im Gegensatz von *gens* auf der besondern Gleichheit des *cognomen* beruhte [21*]).

21*) Dass *stirps* auf das gleiche *cognomen* gehe, hat vortrefflich dargethan *Sigon. ad Liv.* 4, 1. nahmentlich aus *Cic. pro Rabir.* 1. *de legib.* 1, 2. *de amicit.* 19. *Sueton. Calig.* 35. In der letzten Stelle

Die Patricier gründeten nun ihren Anspruch ohne Zweifel darauf, dass hergebrachten Rechten gemäss alle, welche den gentilitischen Nahmen Claudius führten, wie dieser Nahme selbst bewiese, nothwendig zu der *gens Claudia* und zwar, wenn sie keine Patricier wären, als Clienten, Minderberechtigte, gehörten. Dieses gelte insonderheit auch von dem ganzen Stamme der *Claudii Marcelli*, welche unbezweifelt keine Patricier seyen und deren *nomen* bis zu geführtem Beweise des Gegentheils zugleich unwidersprechlich darthue, dass sie keinen andern Ursprung als von claudischen Clienten hätten. Da nun der Verstorbene wieder von einem Freygelassenen eines Marcellus abstamme, so sey er dadurch ebenfalls ein Höriger ihrer *gens* und folglich falle in Ermangelung eines *suus* und *agnatus* seine Erbschaft civilrechtlich an diese *gens*. Auch könne nicht eingewendt werden, dass die Plebejer ebenfalls *gentes* und *stirpes* bildeten mit ähnlichen Rechten wie die der patricischen *gentes* und die *stirpes* jedesmal den *gentes* noch vorgingen; denn wenn man dieses auch im Allgemeinen zugäbe, so könnte doch niemals eine nicht patricische *stirps* von einer *gens*, welche unbezweifelt patricisch wäre, solche Rechte erwerben, weil man sonst ursprüngliche Clienten zu Adligen erheben und damit das Fundament der Gentilitätsrechte zerstören würde. Hierauf erwiderten aber die Marceller: Ob ihre *stirps* ur-

---

heisst es: *Cn. Pompeio antiquissimae stirpis Magni cognomen ademit:* wo gewiss keine Spur einer Beziehung auf Agnation, sondern blos auf den Nahmen zu finden ist. Sigonius a. a. O. scheint auch unsere Stelle des Cicero richtig verstanden zu haben, obgleich man es nicht klar sieht. — Gleichbedeutend mit *agnatio*, aber auch mit *genus*, gebraucht das Wort *stirps Cic. de legib.* 1, 8. wo er die Verwandtschaft der Menschen mit den himmlischen Wesen durch ein Wort des menschlichen Rechts zu bezeichnen sucht. Dieses ist aber unserer Interpretation keineswegs entgegen; vielmehr liegt auch in dieser Stelle, wie in *de legib.* 1, 7. (*ut homines deorum agnatione et gente teneantur*) ein Beweis für die Wahrheit unserer obigen Behauptung, dass auch die *gens* und *familia*, als geglaubte Verwandtschaft, immer noch eine Entwickelung des Gattungslebens sind. Uebrigens kann man auch, und vielleicht noch besser, *stirps* in jener Stelle von der gradlosen aber doch gewissen Verwandtschaft verstehn, so dass eine Art von Climax in der Folge der Ausdrücke *adgnatio*, *genus* und *stirps* liegt. Denn *genus* ist ein unbestimmteres Wort, welches von Agnation und *gens* gleich gut gebraucht wird, obgleich von letzterer häufiger.

sprünglich einmal in der *gens* der patricischen Claudier enthalten gewesen sey oder nicht, darauf komme zunächst nichts an; gewiss sey es, dass sie seit Menschengedenken von den Claudiern unabhängig gewesen, gleiche Ehre wie sie genossen und eine besondere Geschlechtsgenossenschaft gebildet hätten [21**]; demgemäss hätten sie auch ein dem gentilitischen analoges Intestaterbrecht und dieses müsse mit Ausschluss der *gens Claudia* hier eintreten, weil der Verstorbene, wenn auch sein *nomen* claudisch gewesen sey, doch notorisch durch seinen Vater ihrer, der Marceller, *stirps* angehört habe: erst dann könne in einem ähnlichen Falle die *gens* Anspruch auf Beerbung machen, wenn der Zusammenhang des Verstorbenen mit der Familie, aus welcher er hervorgegangen, gar nicht mehr nachzuweisen wäre und daher weiter nichts als der Nahme der *gens* über seine Abstammung Auskunft gäbe. Ueberdiess sey aber auch die Behauptung der Claudier unbegründet, dass die Marceller nach Ausweis ihres *nomen gentilitium* nothwendig ursprünglich Clienten der patricischen Claudier gewesen wären. Eben so gut sey es möglich, dass ihr Geschlecht durch Aufnahme eines ursprünglich fremden, z. B. sabinischen oder latinischen Geschlechts in den Römischen Staat entstanden sey, was sie jedoch, da die Immemorialverjährung sie schütze, nicht zu beweisen brauchten. — Dieser Fall zeichnete sich also, wie aus den oben vorgetragenen muthmasslichen Rechtsausführungen beyder Partheyn hervorgeht, durch die besondere Schwierigkeit aus, dass beyde streitende Theile dasselbe *nomen gentilitium* führten, und daher plebejische und patricische Gentilitätsrechte mit einander collidirten. Wenn ihre Rechte nicht darunter litten, dann mochten die Patricier den Plebejern gern gegen ihre Freygelassenen und deren Nachkommen oder auch gegen adlige Mitglieder derselben *gens* oder *stirps* die Geltendmachung gentilitischer Erb- und Vormundschaftsrechte zugestehn; nicht aber auch im entgegengesetzten Falle. In der That aber war dieser Process sehr

---

21**) Als solche scheinen sie auch bey *Cic. in Verr.* 4, 40. 41. erwähnt zu werden.

schwer zu entscheiden, weil es darauf ankam, ob eine plebejische Familie, deren Ursprung, obgleich sie aller Wahrscheinlichkeit nach von claudischen Clienten herstammten, sich mit Sicherheit doch nicht ermitteln liess, die aber schon lange ein den übrigen patricischen und plebejischen Familien von erstem Range gleiches Ansehn genossen und daher auch eine Geschlechtsvereinigung gestiftet hatte, ob diese Familie nach altem starren Rechtsbuchstaben, weil sie claudisch hiess und zugleich nicht patricisch war, blos als Clientenfamilie behandelt werden, oder ob man ihr nach billiger Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Umwandelung des Verhältnisses der Patricier und Plebejer und der langen Gewohnheit, auf welche sich die Marceller gewiss berufen konnten, das Recht eine eigene *stirps* mit gentilitischen Rechten zu bilden, welche der patricischen *gens* derogirte, zugestehn sollte. Dieser Rechtsstreit war daher recht eigentlich für das Centumviralgericht gemacht, welches, wie wir wissen, nicht sowohl nach dem bestehenden Rechte als über dasselbe nach der Billigkeit erkannte. Siegte die Sache der Marceller, wie es wahrscheinlich ist [22]), so musste dieses eben so zur Untergrabung der Gentilitätsrechte führen, wie die *querela inofficiosi testamenti* die Strenge der Familiengewalt zuletzt vernichtet hat. Denn zunächst stand nun Geschlecht gegen Geschlecht mit Familienrechten auf und zerriss die Einheit der alten Stammverhältnisse; dieses führte aber nothwendig zu der Verwirrung in den Nahmen, die auch bekanntlich in den ersten Kaiserzeiten hereinbrach, und die Verwirrung der Nahmen musste wieder die gentilitischen Rechte selbst, welche fast lediglich auf den Nahmen beruhten, ausser Gebrauch bringen, und zwar das um so

---

22) Ich will dem Centumviralgericht keinen Vorwurf deshalb machen, dass es dazu beytrug, die alte Kraft der Familien und der *gentes* zu zerstöhren; vielmehr handelte es naturgemäss, weil die damalige Billigkeit eine andere war, als die zur Zeit der zwölf Tafeln. Das menschliche Recht und wer es handhabt, ist nicht der Schöpfer und Erhalter des Lebens, sondern das Leben selbst. So war denn auch der Untergang der *gentes* schon längst im Römischen Staat empfangen und zur Geburt reif. Dass die Centumvirn ein Urtheil fällten, wodurch letztere beschleunigt wurde, war nur eine natürliche Entwickelung dieses Theils des Römischen Lebens.

früher, weil in den Kaiserzeiten der Ruhm der Geschlechter beynahe nichts mehr, sondern Alles die einzelnen Individuen willkührlich zugewandte Gunst des Kaisers galt[22*]). Damals blieben nun nur noch die Altäre der alten patricischen *gentes* übrig und erinnerten an die untergegangene Herrlichkeit, gleich wie schon zu Ciceros Zeit statt der alten Curien dreyssig Lictoren und auch diese nur zu einigen religiösen Zwecken zusammenkamen, ein in das entnervte Zeitalter hinüber geworfener Schatten der altpatricischen Kraft; bis endlich, da die Saat der Sünde sich im Menschengeschlechte völlig entwickelt und dieses zur gänzlichen Elendigkeit herabgewürdigt hatte, die Saat der neuen Schöpfung aufging, und — nicht die arme Menschheit selbst, obgleich sie es verdient, sondern jene letzten und hartnäckigsten Bollwerke ihres Verführers von der civilisirten Erde vertilgte.

Ich will nur noch kurz die Gründe zusammenstellen, welche die gegebene Interpretation unserer Stelle zu rechtfertigen, ja nothwendig zu machen scheinen. Erstens stellt Cicero die Marceller den Claudiern und nachher die *gens* der *stirps* ganz ebenmässig gegenüber, so dass beyde generisch von Einem höhern Begriffe umfasst werden. Man kann sich daher unter den Marcellern und der *stirps* nichts anderes denken, als eine eben solche Genossenschaft, wie die der Claudier war. Was wollte man sonst darunter verstehn? Agnaten des Verstorbenen? Dieser war der Sohn eines Freygelassenen und hatte daher ein serviles *cognomen*, eben so also auch seine Agnaten. Oder die Agnaten des Freylassers? Auch dann wäre es wenigstens ein unverzeihlich schlechter Ausdruck, den oder

22*) Man würde irren, wenn man diese Erscheinung des Verschwindens der gentilitischen Rechte in dem Aussterben der patricischen *gentes* suchte. Diese wurden jetzt, wie früher durch *adlectiones in patres* ergänzt. Der Grund liegt vielmehr darin: Die Verfassung der *gentes* ist gewissermassen die Blüthe des Gattungslebens; wo dieses vom individuellen Leben überwunden wird, was in Rom um die Zeit der Geburt Jesu Christi geschah, muss diese Blüthe verwelken und abfallen. Untergang der freyen Republik, Aufhebung der Gattungseinheit in den Familiengewalten und Zerstörung der gentilitischen Rechte sind ausser vielem Andern ein und dieselben Folgen, nur in verschiedenen Richtungen, von jenem Hervordrängen des besondern Lebens.

die nächsten Agnaten wiederholt so zu bezeichnen, dass man alle Bürger, die den Nahmen Marceller führen, darunter verstehn könnte und müsste.

Zweytens sagt Cicero ausdrücklich, dass beyde eine Civilerbschaft behauptet hätten[23]). Ein Erbrecht aber lässt sich im vorliegenden Falle blos nach der dritten Ordnung der civilen Intestaterbfolge (*iure gentis*) denken; denn 1) konnten die Marceller nicht als Agnaten zu erben verlangen, weil der Vater des Verstorbenen ihr Freygelassener war, und nähme man an, dass unter den *Marcelli* etwa Brüder oder Bruderssöhne des Verstorbenen zu verstehn wären, so würde der Fall so klar gewesen seyn, dass er gar keine Erwähnung geschweige eine Verhandlung vor den Centumvirn verdient hätte. 2) konnten sie ihre Erbfolge nicht auf Patronatsrecht gründen; denn die Wahrheit des Satzes, dass der Sohn eines Freygelassenen keinen Patron habe und haben könne, kann wohl jetzt verkannt werden, unmöglich aber damals zweifelhaft gewesen seyn. Demnach hätte für die Marceller nur noch von einer *b. p.* die Rede seyn können, welche aber Ciceros Ausdruck ausschliesst und die Verhandlung der Sache vor den Centumvirn unwahrscheinlich macht. — Eine jede andere Erklärung dieser Stelle ausser der unsrigen scheint in der That unmöglich.

Wir fügen jetzt noch einige allgemeine Bemerkungen über dieses gentilitische Recht, den Clienten zu beerben, hinzu.

Dieses Civilintestaterbrecht ist, wie aus dem Obigen hervorgeht, keineswegs auf den Sohn des Freygelassenen beschränkt, sondern erstreckt sich auf dessen entfernteste Nachkommen und Freygelassene. Aufhören konnte es nur durch eine *maior capitis deminutio* des zu Beerbenden, wodurch dieser aus der *gens* heraustrat: nicht auch durch eine *minor*; denn was aus dem Eigenthum der *gens* durch die

---

23) Dieses scheint Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 119. übersehn zu haben, wenn er annimmt, die Marceller hätten sich wohl eine von den drey aus dem Patronatsrecht herfliessenden *b. possessiones* geben lassen (4, 5 und 7te Classe). Aber auch abgesehn von diesem Umstande hat diese Annahme auch in sich keine Haltbarkeit, weil ja dann die Claudier, als in der Classe *unde legitimi* berufen, den unbestreitbarsten Vorzug gehabt hätten.

Wohlthat der Manumission freygeworden war und Gattungsfortbildung erhalten hatte, hatte letztere ebendadurch nur in der *gens* und für die *gens:* konnte also aus dem Nahmen der *gens* ohne eine *lex gentilitia* nicht heraus. Daher für weibliche Clienten das Verboth der *gentis enuptio*, welche ursprünglich immer die Frau, später wenigstens die Kinder, also immer die Person, insofern sie in der Gattung existirte, der *gens* entzogen haben würde[24]). Wie aber mit der Ehe, so auch mit der Adoption. So wie Ehe und Adoption des Freygelassenen überhaupt nicht stattfindig war wider Willen des Patrons, weil diesem dadurch das von ihm aus der Sclaverey in die Freyheit gesetzte Individuum entzogen worden wäre, so war sie für das freygelassene Geschlecht nicht ausser der *gens* zulässig, weil dadurch die *gens* das freygewordene Fleisch als Gattung eingebüsst haben würde[25]).

Ueber die Art, wie in der dritten Classe der civilen Intestaterbfolge überhaupt die Erbschaften erworben wurden, wissen wir zwar nichts Gewisses; doch lässt sich dieselbe aus der Natur der *gentes* leicht ermitteln. Da nähmlich diess Erbrecht darauf beruhte, dass den *gentiles* das Vermögen des Verstorbenen durch Freylassung seines Geschlechts entzogen war und folglich ebendarauf, worauf auch das Intestaterbrecht der Agnaten und des Patrons sich gründete, nur mit dem Unterschiede, dass es hier keine nähern oder entferntern Verwandten gab, sondern alle familienfreye Gentilen gleich berechtigt waren, so mussten die erwerbenden Personen die einzelnen Gentilen, welche sich dieserhalb meldeten, seyn und nicht etwa die *gens* als solche, was man durch die jetzt herrschenden Ansichten über die *gentes* wohl anzunehmen verleitet werden könnte. Auch sagten die zwölf

---

24) *Liv.* 39, 19. Meine Abhandl. *de privileg. Fecen. Hispal. SCto conc. p.* 33 *seq.* wo aber Vieles schief dargestellt ist und nahmentlich die angegebenen politischen Gründe des Verboths aus der *gens* herauszuheirathen aller Wahrheit widerstreiten.

25) Wir haben nur noch Stellen übrig, welche sich auf den Patron beziehn. Vgl. *Ulp.* 11, 22. 27. *L.* 13. §. 4. 5. *L.* 30. §. 1. *L.* 40. *D. de oper. libert. L.* 11. §. 1. *C. eod. L.* 1. §. 2. *D. Si a parent. quis manum. L.* 49. *D. de bon. libert. L.* 10. §. 2. *D. de in ius voc.*

Tafeln ausdrücklich, die *gentiles* sollten erben, nicht die *gens*[26]) und der Erwerb eines Grundstücks durch Assignation an die einzelnen Gentilen, welchen Cicero erwähnt, gibt uns eben dafür eine nicht zu verachtende Analogie[27]).

2. Prätorisches Recht.

Der Prätor musste auch hier den Grundsatz befolgen, den er im ganzen Erbrecht durchgeführt hat, jedem nähmlich eine *b. p.* anzubiethen, welcher nach der natürlichen Billigkeit wegen eines bedeutungsvollen Verhältnisses zum Verstorbenen einen Anspruch auf dessen Beerbung hatte. Familienkindesverhältniss (*unde liberi*), gesetzliches Erbrecht (*unde legitimi*), blosse Blutsverwandtschaft (*unde cognati*) und Ehe (*unde vir et uxor*) sind aber hier ganz eben so vorhanden wie bey jedem Römischen Bürger, mag er freygelassen oder freygeboren seyn. Es fragt sich also blos ob auch das Patronatsverhältniss noch hinzutrete, so dass auch aus dieser Quelle noch *b. possessiones* herzuleiten waren. Im Allgemeinen muss diese Frage unbedenklich bejaht werden. Denn ist freylich der Sohn des Freygelassenen nicht selbst freygelassen und hat deshalb Niemanden neben sich, der das verwandtschaftliche Verhältniss des Patronats gegen ihn behaupten könnte, so tritt doch bey ihm ganz ebenso wie bey seinem Vater die blos vermögensrechtliche Pflicht der Dankbarkeit gegen den Patron seines Vaters ein, weil nur durch diese Freylassung das Vermögen seiner Familie — und dieses ist bey ihm und seinem Vater eines und dasselbe — zum Daseyn kam. Dieses zugegeben, so ist damit auch zugleich ausgesprochen, dass alle *b. possessiones*, welche beym Freygelassenen selbst auf der vermögensrechtli-

26) Die Worte der zwölf Tafeln selbst stehn bey *Ulp. Collat.* 16, 4. aber sehr verderbt: Statt *Si gnatus nescit*, *gentiles familiam heres hanc*, welche das Manuscript hat, muss man lesen: *Si agnatus nec escit*, *gentiles familiam herescant.* *Herescere* ist nähmlich ein altes übrigens verschollenes Wort, welches von *herus* herkommt und nach Analogie aller ähnlichen Zeitwörter, Herr im Vermögen, Erbe werden, erben, bedeutet; woher denn wieder *heres*, einer der Herr werden soll, d. h. ein Erbe.

27) *pro Dom.* 44. S. oben Anm. 13.

chen Fortentwickelung, die in der Freylassung liegt, gegründet sind, auch hier vorkommen müssen[28]). Dass nun aber wirklich das Römische Recht in Beziehung auf den Sohn des Freygelassenen diesen Grund von *b. possessiones ab intestato* anerkannt habe, sagen uns zwey ausdrückliche Zeugnisse, die oben angeführte Stelle der *Collatio* und die Justinianische Constitution über das Patronatsrecht, welche beyde wir jetzt nach einander durchnehmen wollen. Die erste Stelle sagt, nachdem sie die gewöhnlichen vier *b. possessiones ab intestato* aufgezählt hat:

*Et haec, si qui decessit, non fuit libertinus vel stirpis libertinae. Ceterum si libertinus est vel libertina, ad patronum eius legitima hereditas patronamve lege duodecim tabularum refertur.*

Obgleich diese Stelle die *b. possessiones* im Vermögen des Nachkommens eines Freygelassenen nicht angibt, so beweist sie doch, dass hier noch andere *b. possessiones* gelten, als bey einem gewöhnlichen Freygebornen, und indem sie den Verstorbenen *libertinae stirpis* mit dem *libertinus* selbst zusammenstellt, so deutet sie dadurch an, dass diese *b. possessiones* dieselben waren, welche der Prätor im Vermögen des Freygelassenen eingeführt hatte.

Die Personen selbst aber, welche durch d[illegible] prätorische Edict hier gerufen wurden, führt die Justinianische Constitution an, nur leider in einer solchen Verwirrung der Gedanken und Ausdrücke, dass wir sehr schlecht berathen seyn würden, wenn wir aus ihr die verschiedenen Classen aufstellen sollten. Es wird daher besser seyn, die Classen nacheinander so durchzunehmen, wie sie sich aus der Analogie ergeben und dann am Ende bey jeder nur nachzuweisen, wie diese Personen sämmtlich auch in den Worten der angegebenen Constitution mitbegriffen sind.

Nach den drey benannten Classen, *unde liberi*, *unde*

28) Ohne Grund ist es daher, wenn Unterholner a. a. O. S. 120. meint, es möchte wohl zu weit gegangen seyn, wenn man so geradezu die für die Beerbung der Freygelassenen geltenden *b. possessiones* auch bey den Kindern der Freygelassenen ihrem ganzen Umfange nach in Anwendung bringen wollte.

*legitimi* und *unde cognati* folgt nähmlich die vierte *tanquam ex familia* ganz nach der Bedeutung, welche oben für diese Classe entwickelt worden ist. Nur weicht diese Erbfolge von der in die Güter des Freygelassenen selbst darin bedeutend ab, dass bey jener der Patron in dieser Classe zum ersten Male berufen wird, während er bey Freygelassenen selbst schon einmal in der Classe *unde legitimi* berufen war. Diese Abweichung liegt aber in der Natur der Sache; denn hier steht dem Patron das gesetzliche auf der persönlichen Entwickelung des zu Beerbenden aus der Familie beruhende Erbrecht nicht zu, weil der Sohn des Freygelassenen einen wirklichen Vater hat, sondern blos das vermögensrechtliche Erbrecht; gegen den Freygelassenen hat er beyde. Die hier berufenen Personen werden nun übrigens vom Verfasser der Constitution so bezeichnet: *patris manumissor et cognati eius per virilem sexum sive cognati mansissent, sive status permutationem subiissent.* Damit sind nähmlich, wie auch früher schon gezeigt ist, gemeint: 1) der Patron und dessen agnatische Kinder, sowohl die *emancipati* als die *sui;* 2) die Agnaten desselben, welche aber keine *capitis deminutio* erlitten haben dürfen, so dass die Aeusserung über die *c. d.* in dieser Classe nur zur Hälfte wahr ist. Der Concipient aber, dem es blos darauf ankam, alle Personen, die der Prätor noch berufe, zu nennen, gebrauchte deswegen den zu allgemeinen Ausdruck, weil er zugleich auch die siebente Classe mit umfassen wollte. Dass die Gentilen nicht mit genannt werden, kann nicht auffallen, weil diese ohne Zweifel schon zu Hadrians Zeit aus dem prätorischen Edicte weggelassen waren.

Die fünfte Classe beruft auch hier den Patron nebst Kindern oder den *parens manumissor* des Patrons des Vaters, wie Justinians Constitution es ausdrückt: *et si patronus huius liberti et ipse alterius cuiusquam libertus esset, patroni quoque patronus eiusque cognatio;* worin nur der Fall der *manumissio e mancipio* um der Kürze willen weggelassen ist.

Die siebente Classe endlich enthält die natürliche Familie des väterlichen Patrons, *unde cognati manumissoris pa-*

*rentis.* Bey Justinian umfasst sie der allgemeine Ausdruck: *cognati—sive status permutationem subiissent,* mit, obgleich dieser Ausdruck in sofern für diese Classe wieder zu eng ist, als er die Cognaten durch weibliche Abstammung nicht mit enthält [29]).

Wir haben eben die Classe *unde vir et uxor* übersprungen; deswegen, weil für diese leicht der Zweifel aufstossen kann, ob sie hier nicht vielmehr schon vor der vierten Classe hinter den Cognaten des Verstorbenen ihren Platz gefunden habe, zumal da sie in der Justinianischen Constitution neben der vierten, fünften und siebenten Classe nicht mit vorkommt. Allein wir müssen dennoch behaupten, dass sie ebenso wie bey Beerbung des Freygelassenen selbst auch erst die sechste Stelle eingenommen habe. Denn auch hier bleibt ja der Grund noch ganz derselbe, dass nähmlich gar keine Ehe möglich gewesen wäre, für den Sohn des Freygelassenen, wenn sich die Familie des Patrons nicht das Verdienst um den Vater erworben hätte ihn freyzulassen und dass also der Successionsgrund, welcher auf dem vermögensrechtlichen Hervorgehn aus der Familie des väterlichen Patrons beruht, noch dem vorgehn muss, welcher in dem obgleich persönlichen Hinzutreten des andern Ehegatten von aussen her besteht. Ausserdem deutet auch Ulpian in der Stelle aus der *Collatio* nicht undeutlich darauf hin, dass weder beym Freygelassenen noch beym Sohne desselben die vier voraufgeschickten Classen so vorkommen wie beym gewöhnlichen Freygebornen, woraus zu schliessen ist, dass auch bey ersterem die Classe *unde vir et uxor* erst später eintrat. Wenigstens ist diese Auslegung natürlicher, als wenn man Ulpians Worte blos darauf beziehn wollte, dass beym Freygelassenen und dessen Sohne ausser den in den voraufgegangenen vier Classen berufenen Personen noch mehr berufen würden. Dass aber Justinians Verordnung diese Classe nicht mit enthält, kann gar nicht auffallen, weil deren Ab-

---

29) Unterholzner a. a. O. S. 120. bindet sich bey der Bestimmung dieser Classen der *b. p.* genau an die Worte der Justinianischen Constitution und findet darin nur die vierte Classe, so wie er sie, hauptsächlich auch mit Hülfe dieser Constitution, bestimmt hat.

sicht blos darauf hinausging, die Personen aufzuzählen, welche ehemals auch noch berufen wären, in Zukunft aber ihren Anspruch verliehren sollten. Dieses waren aber blos die Personen der vierten, fünften und siebenten Classe; die Classe *unde vir et uxor* hat Justinian beybehalten.

Ohne uns nun auf eine genauere Auseinandersetzung, wenn und wie die in jeder einzelnen Classe genannten Personen berufen worden seyen, einzulassen, welche uns nur zu einer Wiederholung dessen, was in den frühern Aufsätzen über die vierte, fünfte und siebente Classe schon gesagt ist, zwingen würde, wollen wir nur noch einige vielleicht Bedenken erregende Fragen für diese *b. possessiones* im Allgemeinen beantworten.

Zuerst: Beschränkt sich diese Succession auf den Sohn des Freygelassenen oder ist sie auch auf dessen fernere Descendenten auszudehnen[30]? Von der civilrechtlichen Succession ist diese Ausdehnung oben schon erwiesen worden. Dagegen könnte man zweifeln, ob die eigenthümlichen *b. possessiones*, welche für den Sohn des Freygelassenen galten, auch noch auf dessen Sohn, Enkel u. s. w. zu erstrecken seyen, weil Justinians Constitution blos den Sohn des Freygelassenen erwähnt. Allein ich trage kein Bedenken, auch diese Ausdehnung zu behaupten; denn so gut wie der Sohn des Freygelassenen seine Vermögensfreyheit die mit der seines Vaters eine einzige ist, der Freylassung seines Vaters verdankt, ebenso auch der Enkel. Und dann gebraucht ja auch Ulpian in der Stelle aus der *Collatio* den allgemeinen Ausdruck *stirpis libertinae*, welcher unmöglich auf den Sohn des Freygelassenen beschränkt werden kann. Justinians Constitution hat also blos den gewöhnlichsten Fall angeführt[31]. Indessen müs-

30) Unterholzner a. a. O. S. 122. lässt diese Frage unentschieden.

31) Dagegen kann auch nicht angeführt werden, was Justinian, nachdem er seine Verordnung auseinandergesetzt hat, noch hinzufügt: *Est igitur hoc ius in solis filiis liberti vel filiabus patrono vel patrona superstite, ut non amplius videantur succedere liberto: quomodo enim libertus est post manumissionem natus?* Justinian hat vielmehr hier nur folgenden Gedanken ungeschickt ausgedrückt. Das Erbrecht, welches er in dieser Verordnung dem überlebenden Pa-

sen wir doch als nähere Bestimmung hinzufügen, dass auf die Enkel von einer Tochter des Freygelassenen, so wie auf die Kinder einer Freygelassenen diese Succession nicht geht. Denn diese sind ja nicht in der durch die Freylassung gestifteten Familie, sondern in der ihres Vaters, wenn sie aus rechter Ehe, oder in ihrer eigenen, wenn sie ohne rechte Ehe gezeugt sind; folglich hat auch die Familie des Freylassers keinen Anspruch auf ihr Vermögen [32]). Dagegen würde es für das Recht der *familia patroni* gleichgültig seyn, ob der Sohn des Freygelassenen emancipirt wäre oder nicht; denn weil der *emancipatus* nach dem prätorischen Rechte doch durch die *b. p. contra tabulas* oder *unde liberi* in der Familie seines Vaters erhalten wird, so steht er dem *suus* vermögensrechtlich ganz gleich. Ebenfalls wird auch diese Beerbung des Nachkommen des Freygelassenen nicht durch einen gewissen Grad, in welchem er von dem Freygelassenen absteht, beschränkt werden, weil dieses Erbrecht nicht auf Cognation sondern auf civiles Gattungsrecht gestützt ist; daher denn in sehr entfernten Graden, wo sich das Gedächtniss der ursprünglichen Abstammung nach und nach verliehrt, diese Classen durch die *b. p.* der Gentilen in der Classe *unde legitimi* werden verdrängt werden.

Zweytens, was die *capitis deminutiones* der in der vierten, fünften und siebenten Classe berufenen Personen betrifft, so gelten davon durchaus dieselben Grundsätze, welche von diesen Classen in ihrer gewöhnlichen Anwendung oben ent-

---

tron gegen den Sohn des Freygelassenen gegeben habe, solle nicht mehr, wie früher, als ein Erbrecht aus Patronatsrecht angesehn wergen, sondern als eine eigene Begünstigung des Patrons durch diese Constitution, weil das alte Recht in der That inconsequent gewesen sey, wenn es die ganze auf Patronatsrecht beruhende Erbfolge gegen Jemanden, der doch nicht freygelassen sey, habe stattfinden lassen. Daher solle nun aber auch nichts mehr aus der Analogie der alten Erbfolge hier gelten und nahmentlich blos der überlebende Patron (nicht auch dessen Kinder und Anverwandte) berufen seyn; ebenso auch blos der Sohn oder die Tochter des Freygelassenen (nicht auch, wie ehemals, die entferntere Descendenz) auf diese Weise beerbt werden. — Diese Stelle beweist also eigentlich für unsere Meinung.

32) Nach der Analogie der Ausdrücke *damnum circa rem* und *extra rem* (*L.* 21. §. 3. *D. de actt. empt.*) könnte man sagen die Enkel durch den Sohn seyen *circa familiam*, die durch die Tochter *extra familiam liberti*. Denn die Art der Lebenserscheinung ist in beyden Fällen dieselbe, nur die Anwendung verschieden.

wickelt worden sind. Denn das Erbrecht dieser Personen beruht gegen den Freygelassenen selbst und gegen dessen Descendenz ganz auf denselben Grundlagen. Hatte sich aber beym Sohne des Freygelassenen eine *c. d.* ereignet, welche ihn auch prätorisch seiner vorigen Familie verlustig machte, z. B. eine Arrogation, so verlohr die *familia patroni* dadurch allerdings ihre Rechte, die *gens* aber konnte, weil eine solche *c. d.* nur innerhalb derselben gestattet war, durch sie nicht beeinträchtiget werden.

Drittens kann gefragt werden, ob die ausserordentlichen Successionen, welche die *lex Papia* eingeführt hat für das Vermögen des Freygelassenen selbst, auch im Vermögen des Descendenten desselben gelten? Unbedenklich ist dieses zu läugnen; denn die *lex* spricht blos vom Freygelassenen selbst und ihre Verordnungen, welche keineswegs so wie die prätorischen *b. possessiones* bey Freygelassenen und deren Kindern gleichen Grund haben, dürfen nicht über ihre natürlichen Gränzen hinaus erstreckt werden.

Auch könnte viertens die Frage aufgeworfen werden, ob nicht der Sohn des Freygelassenen gegen den Patron seines Vaters die Verpflichtung ihm etwas zu hinterlassen auf sich habe, widrigenfalls eine *dimidiae partis b. p. contra tabulas, contra suos non naturales* und unter Umständen dann auch *ab intestato* statt finden würde? Diese Frage würde alsdann zu bejahen seyn, wenn jene *b. p.* auf dem vermögensrechtlichen Hervorgehn des Freygelassenen aus der Vermögensfreyheit des Patrons beruhte. Das ist aber nicht der Fall; vielmehr beruht sie (wie auch daraus, dass sie dem Vater gegen den *emancipatus* zusteht und überall gleiche Kraft mit der *b. p. unde legitimi* hat, hervorgeht) auf dem Freywerden des zu Beerbenden durch die Wohlthat der Manumission, und es soll durch sie nicht der in der Manumission liegende Vermögensschaden ersetzt, sondern die natürliche Schuld bezahlt werden, welche der Freylasser sich gegen den Freygelassenen durch das Geschenk der Freyheit erworben hat. Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Behauptung könnte indessen eine Stelle erregen, welche Gustav Hänel in einem Exemplar der Lyoner Ausgabe der vorjustinianischen Rechtsquellen von 1566,

wo sie wahrscheinlich von P. Pithöus, dem ehemaligen Besitzer desselben, beygeschrieben war, gefunden und Haubold bekannt gemacht hat[32,*]). Es wird nicht unpassend seyn, sie hieher zu setzen und erst im Ganzen unserm Zwecke gemäss zu erläutern, ehe wir auf den Zweifel, den sie erregt, aufmerksam machen und ihn beseitigen. Die Stelle lautet so:

*Si qui libertatem a propriis dominis fuerint consecuti, sciant, se dominis suis esse subiectos, sicut libertis lex praecipit custodire. Et si in aliquo proprios dominos laeserint, ad servitutem revertentur. Patronatus autem tamdiu prolongatur usque ad tertiam generationem, qua expleta patronatus desiit*[33]) *esse et qui nati fuerint ex libertis in sua rediant*[34]) *potestate et testamenta facere et testimonia polre*[35]).

Vor dieser Stelle fanden sich die Worte: *In veteri scheda. In qua scripta etiam sunt L. si quis eum* (*rectius Si quis eorum* 1. *Haub.*) *C. Th. Ne damna provinc. inflig.* (*i. e.* 11, 11.) *sicut lex Theodosiani et Divi Valentiniani et aliorum praecipit;* welche offenbar von einem neuern Besitzer der Handschrift herrühren und, wie es scheint, anzeigen sollten, woher die darauf folgende Verordnung genommen sey. Ob diese nun aber eine wirkliche Constitution sey und wenn das der Fall, welchem Kaiser sie zuzuschreiben sey, sind schwere Fragen, die auch Haubold nicht zu beantworten vermocht hat. Das wahrscheinlichste scheint mir, dass jene Worte keiner einzelnen Constitution eines Kaisers, auch keiner Interpretation einer solchen angehöre, sondern ein Auszug aus mehren Constitutionen sind, der in der Absicht, das Resultat der Gesetzgebung über diesen Punct kurz zusammenzufassen, gemacht wurde. Diese Constitutionen aber sind wahrscheinlich die im *C. Th.* unter dem Titel *de libertis et eorum*

---

32*) Haubold *Praetermissor. inprimis ad breviarium Alaric. pertinent. e codicib. a Gust. Haenelio novissime collatis Promulsis* I. *Lips.* 1822.

33) Wahrscheinlich: *desinit.*

34) Haubold emendirt ohne Zweifel richtig: *redigant;* die Infinitive sind griechisch zu denken und stehn also statt Substantive (*facultatem testamentorum faciendorum et testimoniorum praebendorum*).

35) Haubold liest richtig: *praebere.*

*liberis* (4, 11.) befindliche drey, von **Constantin** aus dem Jahr 332, von **Honorius** und **Theodosius** aus dem Jahr 423 und von **Theodosius** und **Valentinian** vom Jahr 426, sammt der noch dazu gehörigen *Nov. Valentiniani* III (*Nov.* II, 25 (*Nov.* 68.) *p.* 1329—1331 *ed. Berol.* oder *lib.* II. *tit.* 6. *ed. Ritter.*) vom Jahr 447. Dieses anzunehmen, bestimmen mich folgende Gründe: 1) der Styl scheint zu unordentlich für eine Constitution, z. B. in dem *tam diu* (wenn dafür nicht *tantum* zu lesen ist) und *usque ad tertiam generationem*, einem sehr ungenauen Ausdrucke, um zu bezeichnen, dass die Enkel des Patrons einschliesslich gemeint seyen. Auch weisen 2) auf einen solchen Auszug aus mehren Constitutionen die voraufgehenden Worte: *sicut lex Theodosiani et divi Valentiniani et aliorum praecipit.* Endlich 3) scheint diess auch durch den Inhalt bestätigt zu werden. Die ersten Worte mögen nähmlich eine unbestimmte Erinnerung aus *Nov. Valentin.* III *cit.* §. 1. 8. und *L.* 1. *C. Th. de libert. et eorum lib.* zusammengenommen, seyn. Die Worte von *Patronatus autem* an sind bestimmt aus der *Nov. cit.* geschöpft und nur die Schlussworte deuten eine Rücksicht auf *L.ult. C. Th. eod.* an. Der Sinn ist nähmlich dieser: Nach allen jenen kaiserlichen Constitutionen ziehe eine *actionem ingrati* nur die Undankbarkeit gegen den Freylasser selbst nach sich; was aber die übrigen Patronatsrechte betreffe, so sollten diese nach denselben noch bis auf den Enkel des Patrons sich forterstrecken (nähmlich **Valentinians** citirte Novelle §. 1 und 8. beschränkte die *actionem ingrati* auf diese Weise und setzte hinsichtlich der übrigen Patronatsrechte gegen die frühere Verordnung desselben Kaisers in *L. ult. cit.* jenen zweyten Grad fest); so dass nun die Söhne der Freygelassenen (denn die Freygelassenen selbst — so setzt der Epitomator voraus — würden zur Zeit der Enkel des Patrons gewiss nicht mehr leben) schon von allen Verpflichtungen frey wären. Dieser letzte Zusatz (*et qui nati fuerint etc.*) hat einen doppelten Zweck; theils soll damit angegeben werden, wann die Patronatsrechte auf Seiten der dienenden Familie aufhören, theils liegt darin eine specielle Rücksicht auf *L. ult. C. Th. cit.* worin es heisst: die

Kinder der Freygelassenen sollten dem Patron auch noch die gebührende Achtung erweisen und wegen Undankbarkeit in die Sclaverey zurückgefordert werden können. Da nun aber hiervon die spätere Novelle Valentinians nichts erwähnte, sondern ausdrücklich nur von *libertus* und *liberta* sprach, so schien es dem Verfasser des Auszugs wichtig, besonders zu bemerken, dass jene frühere Constitution von Valentinian nicht mehr gelte[36]).

So viel von der Natur und dem Inhalte dieser Stelle im Allgemeinen. Was nun den aus derselben gegen unsere obige Annahme über die *dimidiae partis b. p.* beym Sohn des Freygelassenen aufsteigenden Zweifel betrifft, so besteht dieser darin, dass nach dieser Stelle die Söhne der Freygelassenen erst durch das neuere Recht dahin gelangt seyn sollen, frey testiren und Zeugniss ablegen zu dürfen; denn jenes erste scheint auf nichts anderes als auf die *dimidiae partis c. t. b. p.* bezogen werden zu können und es gibt sich daraus von selbst die Folgerung, dass, wenn erst Valentinians Verordnung den Sohn des Freygelassenen von diesem Pflichttheile entbunden habe, derselbe im frühern Rechte gegolten haben müsse. Allein so dringend diese Schlussfolge auch ist, so glaube ich doch nicht, dass man es mit dieser Stelle so genau nehmen dürfe. Vielmehr scheint sich der Verfasser nur ungenau ausgedrückt und überhaupt dieses haben sagen zu wollen: das Resultat des neuen Rechts laufe darauf hinaus, dass jetzt keine von den Verpflichtungen der Familie des Freygelassenen über das zweyte Glied, d. h. den Sohn des Freygelassenen hinausreiche. Statt nun aber diesen allgemeinen Ausdruck (Verpflichtung des Freygelassenen) zu gebrauchen, gegen welchen nichts auszusetzen gewesen seyn würde, setzte er sogleich die einzelnen Verpflichtungen selbst, nicht bedenkend, dass die, welche er gerade nennt, von jeher sich blos auf den Freygelassenen selbst bezogen hatten, und es folglich unpassend sey, zu

36) Im Justinianischen Rechte gilt das frühere Recht gegen die Söhne der Freygelassenen noch (*L. ult. C. de libert. et eor. liber.*); wahrscheinlich weil, wie schon öfters bemerkt ist, die Novelle nicht nach dem Orient gekommen war.

sagen, nach neuerm Rechte seyen die Kinder der Freygelassenen dieser Verpflichtungen los und ledig[37]). Diese Lösung der Schwierigkeit würde freylich bey einer Stelle von einem alten Juristen oder bey einer kaiserlichen Constitution über die Massen gewagt seyn. Allein da wir nur einen im Anfang des Mittelalters verfassten Auszug vor uns haben, so dürfen wir wohl mit gutem Gewissen den aus einer solchen Auctorität gegen die Natur der Sache hergeleiteten Widerspruch auf die Weise, wie geschehn ist, entfernen.

Das im Vorstehenden auseinandergesetzte Erbrecht im Vermögen des Nachkommen eines Freygelassenen hat nur im Orient fortgedauert, bis Justinian in seiner Constitution über das Patronatsrecht es sehr beschränkte und vereinfachte. Nach dieser Constitution soll, wenn der Sohn des Freygelassenen ohne Testament und ohne Cognaten, wozu auch die aus der Zeit der Sclaverey zu rechnen sind, verstirbt, der noch überlebende Patron oder die Patroninn seines Vaters ihn *ab intestato* beerben; die Kinder des Patrons sollen dieses Erbrecht schon nicht mehr haben und auch beym Patron selbst soll es nicht als auf die Manumission gegründet angesehn, sondern als ein eigener aus diesem Gesetz herrührender Vortheil des Patrons betrachtet werden. Dieser letzte Zusatz hat wahrscheinlich den Zweck, zur Entschuldigung der Inconsequenz zu dienen, welche darin, dass nunmehr weder die Kinder des Patrons als solche erben, noch auch die entfernteren Descendenten des Freygelassenen so beerbt werden sollen, liegen würde, wenn man dieses Erbrecht auf die alte aus dem Patronat entspringende Erbfolge zurückführen wollte. Allein mit Worten kann man überhaupt den Fehler der Sache selbst nicht wieder

37) Auch die andere Verpflichtung nähmlich, sich des Zeugnisses gegen den Patron zu enthalten, bezog sich nach älterm (*L.* 3. §. 5. *L.* 4. *D. de test.*) und nach neuerm Rechte (*L.* 12. *C. eod.* von Honorius und Theodosius) blos auf den Freygelassenen selbst, nicht auch auf dessen Kinder. Dass von dem Grundsatze des alten Gentilitätspatronats, nach welchem Patrone und Clienten gegen einander nicht zeugen durften, (*Dionys. Halic. Archaeol.* 2, 10.) in dieser späten Zeit nicht mehr die Rede seyn konnte, bedarf kaum der Erwähnung.

gut machen und in diesem Falle ist selbst die Art der Bemäntelung fast lächerlich, da ja, wenn dem Patron als solchem durch einen Rechtssatz ein Recht gegeben wird, dieses immer vermöge des Werths, den das Gesetz dem Patronate beygelegt hat, ihm zusteht. Justinian wollte also eigentlich wohl nur das sagen, dass auch in diesem Rechtstheile die Herrschaft des alten Grundsatzes, nach welchem das Gattungsleben der Quell aller Privatrechte war, gebrochen werden und eine blos individuelle Berufung an dessen Stelle treten solle. Dieses ist es wenigstens, was in seiner Constitution liegt, die dann auch, die Sache mit einem weiten geschichtlichen Ueberblicke angesehn, nicht inconsequent, sondern wie so viele Justinianische Constitutionen eine Bestätigung der Wahrheit ist, dass die grosse Umwandelung des Civilrechts, welche von Augustus angefangen hatte, unter Justinian ihre Vollendung erreichte.

---

## III.

## Zur Kritik und Interpretation von Gaius Institutionen.

Wer die grosse Regsamkeit in der civilistischen Literatur unserer Tage bedenkt, dem muss es auffallend erscheinen, dass gerade das Buch, dessen Wiederauffindung wir grossentheils dieses frische Leben verdanken, bis jetzt noch keines eigentlichen Commentars sich zu erfreuen hat. Zweyerley auf den ersten Blick widersprechende Gründe möchten diese Erscheinung erklären: auf der einen Seite die ungemeine Leichtigkeit des Buchs, welches keinen Commentar zu bedürfen scheint, und daneben auf der andern Seite die Schwierigkeit des Unternehmens, das es sich vorsetzt, eine so umfängliche und das ganze System des Römischen Privatrechts umfassende Schrift zu interpretiren. Ich meine: bey einem solchen Commentar liessen sich zwey Anforderungen stellen; sollte er das Buch als ein selbstständig den Leser belehrendes betrachten, in welchem nur hier und da eine Schwierigkeit zu beseitigen wäre, so würde er zu dürftig ausfallen, und so wie schon die Westgothen und Justinian in legislativer Beziehung es für unnöthig hielten, zu Gaius Institutionen eine *interpretatio* hinzuzufügen, sondern lieber nur einen neuen Text derselben besorgten, so würde man auch jetzt von unserm wissenschaftlichen Standpunct aus sich damit begnügen, in rechtsgeschichtlichen Darstellungen auf Gaius zu verweisen und daneben nur den ursprünglichen Text möglichst vollständig und richtig herauszugeben suchen.

Sollte dagegen der Commentar nicht blos einzelne Stellen erklären, sondern die Gesammtheit des Buchs mit allen ihren Einzelheiten gleichsam als Eine grosse Schwierigkeit sich vorstellen, deren Lösung in nichts Geringerem, als der Reproduction des Römischen Civilrechtssystems, wie es in diesem Werke erscheint, bestände, so würde jeden das Bewusstseyn, wie wenig noch unsere Zeit in das innerste Wesen aller einzelnen Materien eingedrungen, und wie sie noch viel weniger den Zusammenhang des ganzen Römischen Rechtssystems mit Klarheit und Sicherheit zu überschaun im Stande ist, von dem Unternehmen abschrecken.

Diese eigenthümliche Beschaffenheit des merkwürdigen Buchs mag es denn entschuldigen, wenn in den folgenden Blättern auch wieder nicht ein fortlaufender Commentar geliefert, sondern nur, wie schon öfter geschehn, einige Steine zu dem zukünftigen Baue herbeygeschafft werden. Vornehmlich werden diese Bemerkungen kritisch seyn (wovon der Grund in dem vorhin Gesagten angedeutet liegt), nur ausnahmsweise, besonders wo die bessere Begründung der kritischen Noten es verlangt, soll auch auf den Inhalt eingegangen werden.

---

## *Commentarius* I.

### *Comm.* I. §. 38.

lautet nach der zweyten Göschenschen Ausgabe, welcher ich überall folgen werde, also:

*Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta aput consilium iusta causa manumissionis approbata fuerit.*

Mit Recht hat hier Göschen[1]) an der grammatischen Richtigkeit des Satzes gezweifelt, weil sich *vindicta* auf keine Weise mit den übrigen Theilen des Satzes gehörig verbinden lasse. Zwar glaubt Dirksen[2]) die Schwierigkeit durch Annahme einer Inversion zu heben, welche letztere

---

1) In der Anm. 6. zu diesem §.
2) Versuche zur Kritik und Ausleg. u. s. w. S. 114.

so aufzulösen sey: *non aliter manumittere permittitur quam vindicta*, *si apud consilium etc.* Aber ich bin überzeugt, dass selbst bey Dichtern kein ähnliches Beyspiel einer Versetzung sich nachweisen lässt. Die Beyspiele, welche Dirksen aus Gaius selbst anführt, sind alle von der Art, dass ein Wort in demselben Satze an einer andern Stelle steht, als wo es nach der natürlichen Wortfolge stehn sollte; z. B. 1, 6. *quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent* für *quorum iurisdictionem in provinciis praesides etc.* oder 1, 69. *potest ex SCto filio nato causam erroris probare* für *potest*, *filio nato*, *ex SCto etc.* und nur diese Art von Versetzungen ist überhaupt gestattet, indem die Unabgeschlossenheit des Satzes bey einem versetzten Worte es möglich macht, dasselbe in der Gesammtauffassung des ganzen Satzes in Gedanken dahin zu beziehn, wohin es gehört. Unmöglich dagegen ist es, nachdem ein Satz in sich abgeschlossen ist, ein in einem andern vorkommendes Wort in Gedanken aus diesem weg in jenen hinüberzudenken, welcher Fall hier eintreten würde. Niebuhr hat daher vorgeschlagen[3]) mit Versetzung des Worts *vindicta* zu lesen:

*non aliter vindicta manumittere permittur quam si aput etc.* Allein abgesehn davon, dass in Justinians Institutionen das Wort *vindicta* an derselben Stelle steht, wie in der Veronesischen Handschrift, so kann diese Lesart schon um deswillen nicht gebilligt werden, weil sie den Sinn geben würde: Herren unter zwanzig Jahren sollten in der Form *vindicta* — auf die übrigen Manumissionsarten erstrecke sich dieses also nicht — nicht anders manumittiren dürfen, als nach vorgängiger *causae probatio.* Es ist aber bekannt, dass die *lex Aelia Sentia* allgemein alle Manumission eines Sclaven den *minores XX annorum* untersagte, wenn nicht zuvor ein gerechter Grund *apud consilium* nachgewiesen sey[4]). Zwar hat Göschen auch gegen die

3) S. Göschens Anm. 6.

4) §. 4. 7. *I. qui et quib. ex caus. Ulp.* 1, 13. *Fragm. vet. ICti de iur. spec.* §. 15. *Gai.* 1, 40. 41.

Beybehaltung des Worts *vindicta* in dem Satze, in welchem es jetzt steht, einige vom Sinn hergenommene Einwendungen gemacht, allein Dirksen hat seine Zweifel auf überzeugende Weise erledigt.

Meiner Meinung nach treffen wir nun unbezweifelt die ursprüngliche Lesart, wenn wir mit geringer Veränderung so schreiben:

*Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta, aput consilium iusta causa manumissionis approbata, manumiserit.*

So erhält diese zweyte Altersbestimmung der *lex Aelia Sentia* einen genauen Parallelismus mit der andern den Sclaven betreffenden, welche *Gai.* 1, 18. so ausdrückt: *nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, aput consilium iusta causa manumissionis approbata, liberati fuerint.* So wie nähmlich bey dieser das passive Element der Manumission näher bestimmenden Verordnung das *passivum* gesetzt wird (*liberati fuerint*), so bey jener auf das active gehenden das *activum* (*manumiserit*), beydes logisch einzig richtig und ohne Zweifel Ausdrücke der *lex* selbst[5]).

Ich nenne aber diese Veränderung eine geringe, weil sie fast blos auf Gemination, oder genauer gesagt, auf der Annahme beruht, dass in einem ältern Codex aus Versehn statt *m̄m̄erit* blos gesetzt war *m̄erit* und nun daraus der Abschreiber, der in dieser Abbreviatur mit Recht keinen Sinn fand, ganz einfach *fuerit* machte[5*]). Der Fehler muss schon ein sehr alter gewesen seyn, weil ihn Justinians Arbeiter offenbar auch schon in ihren Handschriften des Gaius vorgefunden haben. In Justinians Institutionen steht nähmlich am Ende dieses übrigens mit Gaius ganz gleichlautenden §. *fuerint manumissi*, was au-

---

5) Eben so auch bey *Ulp.* 1, 12. *Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit.* — — §. 13. *Eadem lex eum dominum, qui minor viginti annorum est, probibet servum manumittere, praeterquam si causam apud consilium probaverit.*

5*) Ueber *m̄m̄* für *manumis* vgl. Göschens *index siglarum p.* 453.

genscheinlich eine unglückliche Emendation und Ergänzung des vorgefundenen *fuerit* ist. Denn *manumissi* passt selbst nicht einmal in den grammatischen Bau der Periode, da im Vorhergehenden nirgends ein Subject (*servi* ist gemeint) vorkommt, worauf es bezogen werden könnte.

*Comm.* I. §. 43.

Der letzte Theil dieses §. lautet bey Göschen so: *novissime ei, qui plures quam C habebit, nec plures quam D* — 10 stell. — *permittitur, quam ut quintam partem, neque plures* **** *sed praescribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam C* ** *si quis unum servum omnino aut duos habet* — 22 stell. — *et ideo liberam habet potestatem manumittendi.*

Die erste Lücke hat Blume, wie mir scheint, sehr glücklich mit *amplius non* ausgefüllt. Im Folgenden hat die Handschrift hinter *plures*, wo eine Zeile endigt: *atur*, woraus Göschen gewiss mit Recht schliesst, dass vor diesen vier Buchstaben etwas ausgefallen sey. Unbedenklich können wir wohl hinzusetzen, dass die Worte *neque plures*, welche so überflüssig und störend als möglich sind, und welche der Abschreiber wahrscheinlich aus Irrthum von obenher wiederholte, zu dieser Auslassung Anlass gegeben haben. Als er nähmlich nach Ausschreibung des *neque plures* erkannte, dass diese Worte und das Folgende schon geschrieben seyen, scheint er statt blos die folgende Zeile wegzulassen, zwey Zeilen übersprungen zu haben, von denen uns nun die letztere verlohren gegangen ist. Dem Sinn nach möchte sich folgende Wiederherstellung empfehlen, in der also zugleich die Worte *neque plures* gestrichen werden:

*quam ut quintam partem (manumittat. Ultra D numerum amplius quam certam partem manumittere nemo specialiter vet)atur sed praescribit etc.*

Die nächste kleine Lücke nach *C*, wo in der Handschrift zwey Zeichen, das erste ein *e* oder ein gekreuzter Perpendicularstrich, das zweyte ein *g*, sichtbar sind, würde

sich mit *nq* d. h. *neque* ausfüllen und dann bis zu Ende so lesen:

> *neque si quis unum servum omnino aut duos habet d. taxat (duntaxat) lege quidquam cavetur et ideo liberam habet potestatem manumittendi.*

Das erste Wort steht bis *d. tax* deutlich in der Handschrift, das Uebrige kann leicht durch Abkürzungen so geschrieben werden, dass es die Lücke gerade ausfüllt.

Liest man nun diesen Paragraphen so, so wird man auch im folgenden keinen Anstoss nehmen, mit der Handschrift anzufangen: *Ac nec ad eos etiam omnino haec lex pertinet etc.* wo Göschen das *etiam* unerträglich findet. Bedenkt man nähmlich, dass *ac nec* so viel ist als *ac et non*, und daher *ac nec etiam* eben so gut in einem negirenden Satze gesetzt werden kann, wie *ac etiam* oder *et quoque* in einem bejahenden, so wird man jene Häufung der Partikeln hier um so mehr erklärlich finden, als nun schon zweyerley voraufgegangen war, worüber die *lex* keine Vorschrift enthielt und es daher bey dem dritten wohl einer starken Dosis von Partikeln, um den fernern Zusatz auszudrücken, bedurfte. Aehnliche Stellen sind: *Gai.* 1, 39. *sed et illae causae, quas superius in servo minore XXX annorum exposuimus, ad hunc quoque casum, de quo loquimur, adferri possunt.* 1, 53. *sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur. Ulp.* 11, 20. wo *etiam in provincia quoque*, *Paull. L.* 59. *de procurat.* wo *sed et id quoque* gehäuft steht und viele andere Stellen. Aehnlich ist auch die Zusammenstellung von *soli* — *tantum* bey *Gai.* 1, 189. — Klenze hat herausgegeben: *Ac nec ad eos quidem omnino haec lex pertinet*, Böcking will emendiren: *Ac nec ad eos vero dominos haec etc.* Allein beydes ist wider die Handschrift und entspricht dem Zusammenhange nicht so gut, wie *etiam*. *Omnino* kann auf keine Weise wegfallen, da es den Gegensatz dieses *non caveri lege* gegen die beyden frühern hervorheben soll, dass dieses eine totale, generelle Ausnahme von der *lex* war, welche letztere sich von vornherein blos auf testamentarische Freylassungen bezog, während die beyden vorher

erwähnten, dass die *lex* über 500 hinaus keine Classen mehr machte und dass sie über die Zahl von einem oder zwey Sclaven gar nichts sagte, mehr specielle unter das *genus* der testamentarischen Freylassungen fallende Ausnahmen bildeten.

### *Comm.* I. §. 80.

Diesem Paragraphen geht eine Lücke mit zehn Sternchen vorauf, welche ich früher so auszufüllen versucht habe, dass dadurch grösstentheils der vorige Paragraph noch einen Zusatz erhalten sollte, nähmlich *eadem ratione. At*, woran sich unser §. unmittelbar anschlösse [6]. Jetzt scheint mir dieser Vorschlag verwerflich, weil der Satz: *qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero* in sich vollkommen abgeschlossen ist und das hinzugesetzte *eadem ratione* ohne scharfe Beziehung auf ein Anderes unangenehm nachhinken würde. Vielmehr schlage ich jetzt vor, die Lücke ganz zu §. 80. zu ziehn und diesen vollständig so zu lesen:

> *Ead.* (*eadem*) *ratio facit ex contrario, ex Latino et cive Romana qui nascitur, ut civis Romanus nascatur. fuerunt tamen, qui putaverunt, ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia videtur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat: aliter vero contracto matrimonio eum, qui nascitur, iure gentium matris condicionem sequi. h' uͦ ridiculū ē* (*hoc vero ridiculum est,*) *sed hoc iure utimur quod et senatusconsulto, auctore divo Hadriano, significatur, ut q̄q̄m̄* (*quoquo modo*) *ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur.*

Ich werde die verschiedenen vorgenommenen Veränderungen der Reihe nach zu rechtfertigen suchen.

*Eadem ratio facit*] Dieses steht fast ganz deutlich in der Handschrift und passt trefflich in den Zusammenhang. Gaius hatte in den vorhergehenden Paragraphen gesagt, dass

---

6) Vgl. Göschens Anm. 23.

nach der *lex Mensia* das Kind aus einer zwischen einem Römer und Peregrinen eingegangenen Ehe als Peregrina geboren werde, und dass diese Verordnung zum Theil nothwendig gewesen sey, so weit sie nähmlich den Fall einer Ehe zwischen einem *peregrinus* und einer *civis Romana* betraf, zum andern Theil aber überflüssig, weil wenn aus einer Ehe zwischen einem *civis Romanus* und einer *peregrina* ein Kind geboren werde, dieses auch schon nach der Regel des *ius gentium* als Peregrina zur Welt komme. Hier, denke ich mir nun, hatte er ungefähr so fortgefahren: (§. 78. *med.*) *Adeo autem hoc ita est, ut ex Latina et cive Romano qui nascitur, ex solo iure gentium matris condicioni accedat; quanquam lege Mensia non solum ceteri peregrini comprehenduntur, sed etiam qui Latini nominantur: sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero*[7]. Er hatte also an jene Bemerkung, dass im Fall einer Ehe zwischen Römer und Nicht-Römerinn schon die *regula iuris gentium* dasselbe was die *lex Mensia* bewirke, angeknüpft, dass diese Regel in Einem solchen Falle, nähmlich wenn die Nicht-Römerinn eine *Latina* des heutigen Rechts sey — auf welche sich der Ausdruck *Latini* in der *lex Mensia* nicht beziehe — sogar allein entscheide. Und nun fährt er fort: Derselbe Grund — dass hier die *lex Mensia* nicht, sondern blos das *ius gentium* zur Anwendung kommt — bewirkt auch, dass wenn umgekehrt ein *Latinus* mit einer *civis Romana* ein Kind erzeugt, dieses als Römer geboren wird.

*ut — nascatur*] Jenes *ut* steht an einem Ort, wo ohnehin etwas zu ergänzen war und wo es noch sehr gut Platz hat. Statt *nascatur* aber hat die Handschrift allerdings *nascitur*. Die geringe Veränderung erscheint aber um so unbedenklicher, als der Abschreiber, wie Göschens Anm. 24. zeigt, unschlüssig war, wie er diesen Satz schreiben sollte und anscheinlich anfangs den Accusativ mit dem Infinitiv setzen wollte.

---

7) Vgl. *Hollweg de caus. prob. p. 12.*

*hoc vero ridiculum est*] Wie übereinstimmend diese Lesart mit den Schriftzügen der Handschrift sey, wird die Ansicht der Zeichen in der Göschenschen Ausgabe lehren. Nur *hoc* tritt nicht deutlich hervor und könnte vielleicht einem andern ähnlichen Worte Platz machen müssen. Den Sinn anbelangend, so finden und nennen die Römischen Juristen in ihren Schriften öfter etwas lächerlich; nahmentlich Meinungen [8]) und Gaius selbst sagt einmal, sogar von einem Gesetze der zwölf Tafeln, 3, 193. *quare lex tota ridicula est.* Die Veranlassung zu solchen Urtheilen liegt gewöhnlich, wie auch der Begriff des Lächerlichen es mit sich bringt, in einer von dem, der eine Meinung aufgestellt, nicht bemerkten offenbaren Absurdität derselben, daher auch in der Regel nur was lächerlich ist, selbst angeführt, nicht aber der Grund, warum es lächerlich ist, hinzugefügt wird. Hier hatte nun Gaius gewiss das beste Recht, die von ihm getadelte Meinung lächerlich zu finden. Jene Meinung beruhte darauf, dass die *lex A. S.* und darauf die *lex Iunia* durch Gestattung der *anniculi caussae probatio*, welche durch eine Ehe des Latinen mit einer *Latina* oder *civis Romana* bedingt war, und welche bewirkte, dass Vater, Mutter und Kind Bürgerrecht erhielten und das letztere in die Gewalt seines Vaters kam, den Latinen das *conubium* mit Römerinnen gegeben habe. Mag man nun den Gedankengang dieser Juristen sich so denken, dass sie die gesetzliche Einladung zu einer Ehe in gewisser Form mit Frauen verschiedenen Rechts schon für eine Ertheilung des *ius connubii* hielten, oder so, dass sie aus den mittelbaren Wirkungen dieser Ehe, welche das Kind zum *iustus patris filius* machten, auf

8) *L.* 44. *pr. de aedil. edict.* — *Ridiculum namque esse, tunicae fundum accedere.* *L.* 100. *de cond. et demonstr.* — *ridiculum est enim, eandem et ut viduam et ut nuptam admitti.* *L.* 67. §. 2. *de furt.* — *Et quid tam ridiculum est, quam meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti existimare?* *L.* 7. §. *ult. de interd. et releg.* — *est enim perquam ridiculum, eum qui minoribus poenae causa prohibitus sit, ad maiores adspirare.* Eben so noch in *L.* 27. *qui testam. fac.* *L.* 18. §. 1. *de acquir. poss.* *L.* 65. *ad L. Falcid.* Verlacht wird eine fremde Meinung *L.* 10. §. 1. *de negot. gest.* und der Jurist selbst *L.* 9. *in quib. causs. pign.* Alle diese Stellen hat Brisson. *de V. S. s. v. Ridiculum* und *Ridere*.

die Natur der Ehe selbst zurückschlossen — immer springt das Fehlsame dieser Meinung zu sehr in die Augen, als dass sie einer besondern Widerlegung bedürfte 9).

*quod et senatusconsulto — significatur*] In der Handschrift steht: *hoc iure utimur ex senatusconsulto, quod* 10) *auctore divo Hadriano significatur*, welches Göschen beybehalten hat, nur mit Veränderung des *quod* in *quo*, wenn man dieses eine Veränderung nennen darf. Allein bey dieser Lesart fehlt es durchaus an einer bestimmten Beziehung für das *hoc ius;* auf das folgende *ut* — — *civis Romanus nascatur* kann es nicht gehn, weil dieses von *significatur* regirt wird; bezieht man es aber auf das Vorhergehende, was allein übrig bleibt, so widerspricht es dem offenbarsten Sinne des Schriftstellers, der die vorhergehende Meinung derer „*qui putaverunt*" gerade als verworfen darstellen will. Ich glaube daher dass *ex* hier eben so wie 2, 218. in *et* zu verwandeln und *quod*, welches in Folge jenes Irrthums, um einen Sinn zu gewinnen, transponirt war, vor *et senatusconsulto* zurückzusetzen ist. Alsdann erhält nicht nur *hoc* eine sichere Beziehung auf *ut* — *civis Romanus nascatur*, sondern Gaius beruft sich nun auch gegen jene falsche Meinung zunächst auf eine andere ihr entgegenstehende und herrschend gewordene Meinung (was bey der gescholtenen Absurdität der erstern nicht mehr als billig war) und nur gelegentlich auch noch auf ein Senatusconsult.

*quoquo modo*] Dieses Wort allein passt hier, da die getadelte Meinung einen Unterschied zwischen verschiedenen Arten der Verbindung eines Latinen mit einer Römerinn machen wollte. In der Handschrift steht *qm*, von welchen Zeichen man nur das erste zu geminiren braucht, um *quoquo modo* herauszubringen. . *Omnis* oder *quisque*, wie Böcking 11) zu lesen vorgeschlagen hat, steht beydes den Zügen ferner.

---

9) Vgl. *Hollweg Diss. cit. p.* 96. *seq.*

10) Wenigstens bedeutet das Zeichen in der Handschrift bey weitem in den meisten Fällen *quod.*

11) In seiner und Klenze's Ausgabe der beyden Institutionen Anm. c. zu diesem §.

*Comm.* I. §. 83.

***Animadvertere tamen debemus nec iuris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit.***

So steht dieser §. in der Handschrift, dessen Emendation die Kritiker bisher vergeblich beschäftigt hat. In der ersten Ausgabe von Göschen stand: — *debemus non esse* (*observandam*) *iuris gentium regulam si lex etc.* Diese Lesart hatte ausser der Gewaltsamkeit der Emendation das gegen sich, dass es unpassend scheint, einen sich von selbst verstehenden Satz mit dem Wort *animadvertere* einzuleiten, welches Wort immer ein besonderes Aufmerken und Achtgeben ausdrückt. In der zweyten Ausgabe setzte daher Göschen: — *debemus nec iuris gentium regulam,* (*si eam*) *vel lex aliqua etc.* Allein dieses geht noch weniger an, weil *animadvertere* immer nur ein Beobachten mit der Erkenntnisskraft, nirgends das moralische Beobachten eines Gesetzes (= *observare*) bedeutet.

Fast scheint es, als wenn das rechte Heilmittel bis dahin blos wegen seiner grossen Einfachheit unentdeckt geblieben wäre. Man lese statt *nec* — *ne* und interpungire so:

> *Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet aliquo casu commutaverit.*

so ist alle Schwierigkeit beseitigt. Sehr bekannt ist die Redensart *Videamus ne*, welche dann gebraucht wird, wenn man eine Meinung einleiten will, auf die man ohne genaue Untersuchung nicht aufmerksam geworden seyn, oder von der man gar das Gegentheil behauptet haben würde. So sagt z. B. Gaius *L.* 39. §. 1. *de hered. petit. Videamus tamen ne et ad picturarum quoque et marmorum et ceterarum voluptuariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio;* d. h. s. v. a. *aeque nobis proficit doli exceptio.* Eben so umgekehrt bey Paullus *L.* 4. §. 1. *de V. O. Sed videamus, ne non idem hic sit* = *non idem hic est.* Eben so kann nun auch *animadvertere* gebraucht werden, welches ja dem Sinne nach ganz dasselbe sagt und nur den Begriff des Sich in Acht nehmens, dass die Sache nicht

etwa so und so sich verhalte, noch mehr hebt. So heisst es bey *Nep. Epamin.* 6, 2. *animadvertere debere Arcadas, quales utraque civitas cives procreasset, ex quibus de ceteris possent iudicare* (er hätte auch sagen können: *animadvertere debere Arcadas, ne pessimos cives utraque civitas procreasset*). Und bey *Liv.* 4, 45. *Tusculanis negotium datum, adverterent animos, ne quid novi tumultus Lavicis oriretur.* Bey demselben 4, 30. *Datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi Romani Dii neu quo alio more quam patrio colerentur*, in welcher Stelle aber *animadvertere* schon einen etwas andern Sinn hat.

Der Wahrheit ziemlich nahe getreten ist Klenze, welcher so herausgegeben hat: *Animadvertere tamen debemus, num eam iuris gentium regulam etc.* Die Wahrheit selbst ist es aber — abgesehn von der grössern Schwierigkeit dieser Emendation und der Unbequemlichkeit des *eam* — schon deshalb nicht, weil *num* weiter nichts bedeutet, als *an* und daher blos fragt, nicht aber, wie hier erfordert wird, eine Behauptung in sich schliesst. Man vergleiche z. B. eine andere Stelle von Gaius: *L.* 57. §. 1. *de evictt. Quod cum ita sit, num et si ab eo qui vicerit, donata legatave res fuerit emptori, aeque dicendum sit ex stipulata actionem non nasci? Scilicet, si antequam abduceret vel auferret, donaverit aut legaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest.*

*Comm.* I. §. 85.

*Ex diverso ex ancilla et libero poterant liberi nasci: nam ea lege cavetur etc.*

Hier fragt es sich, worauf *ea lege* zu beziehn sey. Gegen die Meinung von Gans [12]) und Zimmern [13]), dass *ea lege* auf das im vorhergehenden Paragraphen erwähnte *SC. Claudianum* bezogen werden könnte, habe ich mich schon anderwärts erklärt [14]) und vielmehr mit Hollweg [15]) ange-

---

12) Scholien zum Gaius S. 91 flg.

13) Heidelb. Jahrb. 1821. S. 471. und Rechtsgesch. §. 22. Not. 14. S. 77. und §. 138. S. 506.

14) Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 5. S. 233.

15) *de causs. probat. p.* 21.

nommen, dass der Nahme der *lex* verlohren gegangen sey, wahrscheinlich deshalb, weil das mehrmals wiederkehrende *ex diverso ex l... ex ancilla* den Abschreiber verleitete, das erste *ex* gleich für das letzte zu nehmen und so alles Mittlere auszulassen. Wie wenn es die *lex Aelia Sentia* gewesen wäre [15*]? Sowohl die abgekürzte Schreibart *ex l. a. s.* in Verbindung damit, dass der Abschreiber gleich darauf ganz ähnliche Buchstaben fand (*ex ancilla*), als die ganze Tendenz dieses Gesetzes, machen diese Vermuthung wahrscheinlich. Es ist nähmlich bekannt, dass diese *lex* eine Bestimmung über die Ehen der *servi minores XXX ann. testamento manumissi* und über den Stand der daraus entsprossenen Kinder enthielt [16]. Dass nun diese Bestimmung ganz einsam gestanden hätte, ist theils an sich unwahrscheinlich, weil diese Art von Sclaven oder Freygelassenen doch bey weitem die geringste Anzahl ausmachte [17], theils noch unwahrscheinlicher bey einer von den *leges* aus der ersten Kaiserzeit, welche immer generelle Reformen vornehmen. Auch wissen wir, dass die *lex Aelia Sentia* ausserdem noch etwas über Ehen der Freygelassenen verordnete [18]. Wie sehr würde nun die *lex Aelia Sentia* sowohl in sich selbst, als in ihrem Verhältniss zur *lex Iulia et Papia Poppaea* an Zusammenhang gewinnen, wenn die von Gaius hier und im folgenden Paragraphen erwähnten Rechtssätze von ihr eingeführt wären? Die erste Bestimmung war: Kinder, welche ein Freyer mit einer fremden Sclavinn, die er für frey hielt, erzeugt, sollen wenn sie männlichen Geschlechts sind, frey, wenn weiblichen Geschlechts, Sclaven seyn. Auf diese

---

15*) Ich finde, dass schon Brinkmann *Not. subitan. ad Gai. Inst. p.* 9. und Elvers *Promptuar. Gai. v. Nasci p.* 459. auf die *lex A. S.* gerathen haben.

16) *Gai.* 1, 29. *ibiq. cit.* vgl. mit *Ulp.* 1, 12.

17) Dass sie blos auf diese eine Art der prätorischen Schützlinge ging, hatte wohl darin seinen Grund, dass die andern beyden Arten nicht nothwendig entstanden, sondern die Herren entweder die Usucapion des Sclaven, den sie nur *in bonis* hatten, abwarten, oder wenn sie auch *ex i. Q.* Eigenthümer gewesen waren, die *iusta manumissio* nachholen konnten,

18) *L.* 6. 15. *de iur. patron.* Die übrigen Stellen in der Restitution der *lex A. S.* bey *Heinecc. Antiq. syntagm.* I, 6. *cap.* XII.

Weise suchte die *lex* zwischen der für den Vater sprechenden Billigkeit, der doch löblicher Weise eine Ehe einzugehn gesucht hatte, und für den es hart gewesen wäre, seine putativ rechtmässig erzeugten Söhne in fremder Sclaverey zu sehn, und dem Rechte des Herrn an der Leibesfrucht seiner Sclavinn ein nicht unebenes Abkommen zu treffen. Die ganze Bestimmung erinnert an die *erroris caussae probatio ex SCto*, und man könnte sagen, dass dieses, wie es überhaupt eine Art von Ergänzung der *lex Aelia Sentia* enthielt, so auch zu der Idee, putative Ehen zu belohnen, durch dieselbe *lex* angeregt worden sey. Die Aufhebung dieses Rechtssatzes durch Vespasian mochte ausser auf der *inelegantia iuris* auch noch auf der Erfahrung beruht haben, dass nach aufgehobenem Familienleben aus solchen freyen Kindern selten tüchtige Bürger würden. Die zweyte nachher noch lange gültig gebliebene Bestimmung, welche angeführt wird in

*Comm.* I. §. 86.

*ut ex libera et servo alieno quem sciebat servum esse, servi nascantur.*

war das directe Gegentheil der ersten, kann aber auch noch selbstständig mit der Tendenz der *lex Aelia Sentia*, den Staat vor unnützen Bürgern, die aus solchen Verbindungen hätten hervorgehn müssen, zu behüten, in Verbindung gebracht werden. Dass nun dieser Rechtsgrundsatz späterhin noch gültig blieb, beweisen die beyden von Göschen zu diesem §. und von Hollweg[19]) angeführten Stellen, *L.* 2. *pr. de stat. defunct.* von Papinian und *L.* 3. *C. solut. matrim.* von Caracalla. In der ersten Stelle heisst es: es solle zum Behuf der Frage, ob ein Kind frey oder unfrey sey, fünf Jahre nach dem Tode von Vater oder Mutter keine *quaestio de statu eorum* angestellt werden. Daraus geht hervor, dass es auch auf den Stand des Vaters bey der Frage, ob ein Kind frey sey oder nicht, ankommen konnte, was eben unsere *lex* erklärt[20]). In der zweyten Stelle rescribirt der Kaiser: Wenn

---

19) *de causs. prob. p.* 21.

20) *Schulting ad Ulp.* 5, 8. *p.* 580. erklärt diese Stelle ganz falsch.

du den Sclaven Eros seines Standes unkundig geheirathet hast, so kannst du deine *dos* zurückfordern und deine Kinder sind *ingenui spurii*. Er scheint nähmlich damit zu sagen, wenn sie den Stand ihres Mannes gekannt hätte, so würden die Kinder unfrey seyn. Dagegen hat es Schwierigkeit gemacht, diese Bestimmung unserer *lex* mit einer andern des *SC. Claudianum*, oder vielmehr mit einer Modification der letztern durch Hadrian zu vereinigen. *Gai.* 1, 84: *Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat civis Romana, quae alieno servo volente domino coisset, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare: nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit, ex senatusconsulto ratum esse iubetur. sed postea divus Hadrianus, iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.* Hiernach gebar also schon nach dem *SC. Claudianum* die freye Mutter nicht schlechthin Sclaven, wenn sie den Stand des Vaters gekannt hatte, sondern es kam auf den Vertrag an, welchen sie mit dem Herrn des Sclaven abschloss. Wenn aber Hadrian nachher verordnete, dass falls die Mutter frey bleibe, auch das Kind frey geboren werden sollte, so scheint er damit die Bestimmung unserer *lex* ganz aufgehoben zu haben. Indessen löst sich die Schwierigkeit so: Die *lex Aelia Sentia* machte das Kind, welches eine freye Frau wissentlich von einem fremden Sclaven concipirt hatte, zum Sclaven. Nachher ging das *SC. Claudianum* noch weiter und unterwarf ausser dem Kinde auch die Mutter selbst der Sclaverey, um so dergleichen Verbindungen noch kräftiger vorzubeugen. Indem es aber von dem Standpuncte der Privatberechtigung des Herrn jenes Sclaven ausging und nur, wenn wider Willen des Herrn der Umgang statt fände, diesem das Recht gab, sich die Frau als Sclavinn addiciren zu lassen, gestattete es consequenter Weise auch Verträge des den Umgang erlaubenden Herrn mit der Frau, welche dann eben solche gesetzliche Kraft haben sollten, wie die Denunciationen bey nicht erlaubtem Umgange. Auch erstreckte sich die Kraft dieser Verträge mit auf den Stand der Leibesfrucht, weil damals der Grundsatz *nasciturus est pars viscerum matris* noch unver-

rückt festgehalten wurde [21]). So konnte also nun in diesem Falle eine Römische Bürgerinn nicht mehr blos *ex lege A. S.*, sondern auch noch speciell *ex pacto* nach dem *SC. Claudianum* einen Sclaven gebähren, und genau genommen trat hier selbst das *SC. Claudianum* als das spätere Recht völlig an die Stelle der *lex A. S.;* denn ohne Zweifel konnte die Frau auch ausmachen, dass das Kind frey und nur als *libertus* des Herren seines Vaters geboren werden sollte, wo dann der *lex A. S.* durch das *pactum* wirklich derogirt wurde. Auf diesen Fall allein bezog sich nun auch die Constitution von Hadrian. Wir wissen, dass dieser Kaiser in einem andern mehr publicistischen Falle den Grundsatz, dass das Kind hinsichtlich der Freyheit schon im Mutterleibe eine von der Mutter verschiedene Persönlichkeit habe, der die Handlungen der Mutter nicht schädlich werden dürften, anerkannt hatte [22]). Wie natürlich, ja nothwendig war es da nun, dass derselbe Grundsatz auf diesen Fall angewandt wurde, wo selbst ein privatrechtliches *pactum* der Mutter dem Kinde die Freyheit zu nehmen schien. Daraus geht aber hervor, dass auch nur da, wo diese privatrechtliche Einwirkung der Mutter auf das Kind vorkam, die Constitution von Hadrian eintrat, d. h. nur da, wo die Mutter mit dem Herren des Sclaven etwas ausgemacht hatte. Wusste der Herr nichts von dem Umgange oder untersagte ihn, so galt noch immer die *lex Aelia Sentia*, und das Kind wurde als Sclav des Herren seines Vaters geboren. Diese richtige Meinung hat auch schon

---

21) Der um diese Zeit etwa oder bald nachher begonnene Streit der Röm. Juristen, ob wenn der Stand der Mutter während der Schwangerschaft gewechselt hätte, zu Gunsten des Kindes auf die Zeit, wo die Mutter frey war, oder allein auf die Zeit der Geburt zu sehn sey (vgl. die Citate bey Zimmern Rechtsgesch. §. 138. Not. 14—17. S. 505.), hängt, wie ich nicht zweifele, mit dem Streit der Aerzte und Philosophen, ob der *nasciturus* schon ein animalisches oder ein rein vegetatives Leben im Mutterleibe führe, zusammen. Vgl. *Merill. Observ.* 1, 16. Die das erste behaupteten, betrachteten die Sache ähnlich, wie auch beym Legat und der Erbeseinsetzung angenommen wird, der *postumus* sey schon geboren; obgleich genau genommen zwischen dem Verhältniss des *suus postumus* zu seinem Vater und dem der Leibesfrucht zur Mutter doch noch ein bedeutender Unterschied ist.

22) *L.* 18. *de stat. hom. Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit, liberam, quae praegnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere.*

Hollweg angedeutet, wenn er sagt [23]): *De SCto Claudiano haec lex, quam antiquiorem esse puto, eo differt, quod nulla domini denunciatione aut pactione facta, libera mulier servos pariat;* nur dass die Denunciation hätte unerwähnt bleiben sollen, welche ja vielleicht erst nach der Geburt des Kindes die Mutter zur Sclavinn machte. Uebrigens unterschied sich die *lex Aelia Sentia* von der Verordnung des *SC. Claudianum* auch noch dadurch, dass jene freye Frauen überhaupt, diese blos freygeborene Römische Bürgerinnen betraf [24]), oder höchstens auch noch *Latinae.* Letztere erwähnt nähmlich ausser den Röm. Bürgerinnen *Paull. S. R. II*, 21[a]. §. 1. Indessen wäre es leicht möglich, dass erst eine spätere Verordnung, vielleicht unter Vespasian [25]), das *SC. Claudianum* auch auf *Latinae* ausgedehnt hätte.

In dem Schlusssatze des §. 86.

*Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur, et ob id liber est.*

ist statt *qui nascitur* wohl zu lesen: *qui nascitur e* oder *ex libera.* Die Handschrift ist so beschrieben (am Ende der Zeile 13.): *nasc**ntu?* was ich so auflöse: *nascit' eliūa* d. h. *nascitur e libera* [26]). Dem Sinne nach steht theils *qui nascitur, natus* u. s. w. in solchen Verbindungen fast immer mit *ex aliquo* [27]), theils würde hier die Schlussfolgerung: *et ob id liber est* ganz unrichtig seyn, wenn nicht *ex libera* voraufgegangen wäre. — Auch wäre es richtiger gewesen, mit *Itaque* einen neuen §. zu beginnen. Zwar steht dieser Satz allerdings mit der zuletzt bemerkten Ausnahme in nächster Verbindung. Seine Hauptabsicht ist aber doch, auf §. 82. a. E. (*iure gentium — ex libera et servo liber nascitur*) und §. 83. zurückzuweisen, wo blos gesagt war, man solle Acht geben, ob nicht etwa *iuris gentium regu-*

---

23) *de caus. probat. p.* 21.

24) In §. 86. heisst es: *ex libera et servo alieno.* In §. 84. *ex SCto Claudiano poterat civis Romana —.*

25) So könnte nähmlich die Schwierigkeit gehoben werden, dass Sueton. *Vespas.* 11. von Vespasian sagt: *Auctor fuit Senatui decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur.*

26) Vgl. Göschens *Index sigl. p.* 449.

27) Man vgl. Elvers *Promptuar. Gai. v. Nasci.*

*lam vel lex aliqua vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit*, und diese Bemerkung durch nochmaliges Aussprechen der Regel abzuschliessen.

### *Comm.* I. §. 113.

*Coëmptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem eumque, cuius in manum convenit.*

Bey diesem Texte stossen dem Leser mehre Bedenklichkeiten auf. Erstens ist es sehr auffallend, dass Gaius, der doch dem Anschein nach die Förmlichkeiten der *coëmptio* vollständig darstellen will, ein sehr wesentliches Erforderniss derselben übergeht, das des feyerlich ausgedrückten Consenses, nähmlich sowohl des Mannes und der Frau, als auch wenn letztere *filiafamilias* war, ihres Vaters und wenn sie unter Vormundschaft stand, ihres Vormundes. Was Mann und Frau betrifft, so bemerke ich zuerst im Allgemeinen, dass jede *mancipatio* zu ihrer Gültigkeit eine mündliche Erklärung des Rechts, welches man durch sie erwerben wollte, voraussetzte, daher diese Erklärungen eben so verschieden waren, wie die Rechte selbst, welche man durch die Mancipation erhielt; so sagte man bey einem Sclaven oder einer Sache: *hunc hominem, hanc rem ex i. Q. meum (meam) esse aio.* Bey einer *familia: familiam pecuniamque tuam endo — tutela custodelaque mea ex i. Q. esse aio* u. s. w. Der Grund davon war der, dass indem die Mancipation zu der Tradition sich durchweg wie Civilrecht zum *ius gentium* verhielt, auch das naturale Element des Consenses und des *animus sibi habendi* sich in das civile lateinischer Wortformeln verwandeln musste. Hiernach musste nun auch bey der *coëmptio* dergleichen vorkommen. Jedoch konnte dabey nicht so wie bey Gegenständen des Eigenthums ein einfaches Aussprechen des Rechts, welches der Mann durch die Mancipation erwerben wollte, hinreichen; denn von solchen andern Erwerben unterscheidet sich die *manus* wesentlich dadurch, dass sie auf der Ehe, d. h. auf einem

Consense oder Consensverhältnisse mit dem zu erwerbenden Gegenstande beruht, während Sachen ohne ihre Einwilligung dem Eigenthum unterworfen sind. Was folgt also? Offenbar, dass nach dem obigen Princip bey der *coëmptio* vor Allem der Consens in die Ehe mit *manus* von beyden Theilen in feyerlichen Wortformeln erklärt werden musste, und darauf erst der Mann mit Anlegung der Hand — oder besser mit Ergreifung der Hand der hinzutretenden und einschlagenden Braut — aussprach: *Te ego ex iure Quiritium matremfamilias meam esse aio* und die übrige Mancipation vollzog. Alles dieses zusammen hiess dann auch natürlich *coëmptio* und nicht *mancipatio*, weil jener ausgedrückte eheliche Consens bey dem Kaufe das Wesentliche der Handlung ausmachte [28]). Dass sich aber die Sache so verhielt, dafür haben wir auch eine specielle Auctorität, nähmlich *Boëth. in Top. Cic. lib.* II. *ad c.* 3. *Coëmptio vero certis solennitatibus peragebatur et sese in coëmendo invicem interrogabant, vir ita, an mulier sibi materfamilias esse vellet? illa respondebat, velle. Item mulier interrogabat, an vir sibi paterfamilias esse vellet? ille respondebat, velle. Itaque mulier viro conveniebat in manum et vocabantur hae nuptiae per coëmtionem et erat mulier materfamilias viro loco filiae. Quam solennitatem in suis Institutis Ulpianus refert.* Eine Stelle, welche um so mehr Glauben verdient, weil sie nach den Schlussworten mit geringen Veränderungen aus Ulpian entlehnt zu seyn scheint [29]).

---

28) Die Grammatiker nannten daher auch wohl das was der eigentlichen Mancipation vorausging, *coëmptio* im engern Sinne und sprachen nur von einem *invicem se coëmere*. *Serv. ad Georg.* I, 31. *Emat ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus et uxor invicem coëmebant* (so hat Burmann, die frühern Ausgaben meistens *emebant*), *sicut habemus in iure; tribus autem modis apud veteres nuptiae fiebant — — coëmptione vero atque in manum conventione, cum illa in filiae locum, maritus in patris veniebat, ut si quis prior fuisset defunctus, locum hereditatis iustum alteri faceret.* — *Idem ad Aen.* 4, 104. — *coëmptio enim est, ubi libra atque aes adhibetur et mulier atque vir in se quasi emptionem faciunt, quod ante iam in I Georgicorum: Teque sibi generum Tethys emat omnibus undis. Quoniam coëmptione facta mulier in potestatem viri cedit etc.*

29) Vgl. auch die in der vorigen Note citirten Stellen, desgleichen die Wortformeln bey der diesem Verhältnisse ganz ähnlichen Arrogation bey *Gell.* 5, 19. *Cic. pro dom.* 29. *L.* 44. *de adoptt. Gai.* 1, 99.

Es versteht sich übrigens, dass bey der *fiduciaria coëmptio* die Formeln passend abgeändert werden mussten, weil da die Frau nicht wirklich *materfamilias* des Mannes wurde. Hinsichtlich der *auctoritas patris vel tutoris* die hier beyde ebenfalls mündlich erklären mussten, dass sie den Act guthiessen, finden wir fast jedesmal bey der *in manum conventio* nahmentlich durch *coëmptio* diese *auctoritas* erwähnt. Vom Vater Collat. 4, 2. *Secundo vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestatem habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit etc.* 4, 7. — *Occidendi quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestate, aut eo auctore in manum convenit.* Vom Vormund Cic. *pro Flacc.* 34. *Coëmptione? omnibus ergo (sc. tutoribus) auctoribus, in quibus Flaccum fuisse non dices.* Gai. 1, 115. (nach Hollwegs unzweifelhafter Ergänzung): *illis auctoribus coëmptionem facit.* 1, 195. — *Sed et cum a masculo manumissa fuerit et auctore eo coëmptionem fecerit* —. Dass auch der Vater, in dessen Gewalt der Ehemann stand, *auctor* werden musste, folgt daraus, dass dessen Einwilligung zur Ehe nothwendig war.

Zweytens erregt Anstoss, dass nach der gegenwärtigen Lesart Gaius sich offenbar sehr sonderbar ausdrückt, wenn er sagt, ausser der Frau und dem *coëmptionator* würden fünf Zeugen und ein *libripens* zugezogen; als wenn die ersten beyden Personen auch zugezogen würden und nicht vielmehr selbst zuzögen.

Endlich stimmen auch die Züge der Handschrift mit dem herausgegebenen Texte wenig überein. Die Scheden geben an: *libripenda unus eum mulierem.* Daraus ist gemacht: *libripende praeter mulierem eumque.*

Das nun, was ich an die Stelle zu setzen gedenke, ist zwar ebenfalls sehr kühn und muss sich auch hauptsächlich auf den „*librarius temulentus*“ [80]) stützen — eine Stütze

80) So nennt ihn Göschen gerade in den Noten zu dieser Seite der Handschrift, und wirklich, wer die Schreiberey, welche Göschen in Not. 26. anführt, liest, kann nur glauben, dass ihr Verfasser betrunken gewesen ist.

übrigens, die für unsere Conjectur in demselben Grade an Stärke zunimmt, als sie eine an sich sehr schwache war — indessen erhalten wir so wenigstens einen tadellosern Text. Ich glaube, dass hinter *mulierem* etwas ausgefallen sey und schreibe so:

*item libripend.* (*libripende*,) *autoribus muliere*, *m* (*ulieris parente vel tutoribus eoque et parente eius*) *cuius in manum convenit.*

Da die Zeichen für die ersten Wörter ziemlich deutlich in der Handschrift stehn, so braucht es blos der Annahme, dass der Abschreiber mit seinen trunkenen Augen eine Zeile überhüpft habe und die Ergänzung ist von dieser Seite gerechtfertigt. Von Seiten des Sinnes ist nach dem bereits Gesagten nur noch darauf aufmerksam zu machen, wie nach dieser Restitution die Personen ganz in der Ordnung erscheinen, in welcher auch die übrigen Zeugnisse, nahmentlich Boëthius sie aufführen, zuerst die Frau und ihr Vater oder Vormund und darauf der Mann und dessen Vater. Auch steht die Erwähnung der zuzuziehenden fünf Zeugen und des *libripens* passend vorauf, weil erst, nachdem alle Personen versammelt sind, der Act und bey demselben die Aussprechung der verschiedenen Einwilligungen vor sich gehn kann. Zur Rechtfertigung des Ausdrucks *auctor* für die Frau selbst bedarf es blos der Berufung auf einige ähnliche Stellen, z. B. *Cic. pro dom.* 29. *Quum hoc iuris a maioribus proditum sit, ut nemo civis Romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere, nisi ipse auctor factus sit: quod tu ipse potuisti in tua causa discere. Credo enim, quanquam in illa adoptione legitime factum est nihil, tamen te esse interrogatum, auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem haberet, ut in filio. L.* 11. *de adoptt. Si is, qui filium haberet, in nepotis locum adoptasset, perinde atque si ex eo filius natus esset, et is filius auctor factus non esset: mortuo avo non esse nepotem in potestate filii.*

*Comm.* I. §. 118.

Bereits an einem andern Orte [31]) habe ich vorgeschlagen, diesen Paragraphen so zu ergänzen:

*Idem iuris est in earum personis, quae in manu sunt. nam feminae a coëmptionatoribus eodem modo possunt qu(o liberi a parente mancipari) adeo ut qu (quamvis) ea sola aput coemptionatorem filiae loco sit, quae ei et. (etiam) nupta sit, tm (tamen) nihilominus etiam quae ei nupta non est, nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit.*

Ich will hier nur noch Einiges zur Unterstützung dieses zum Theil schon von Blume [32]) vermittelten Widerherstellungsversuchs hinzufügen. Dass hinter *possunt qu* etwas ausgefallen sey, ergibt das voraufgehende *eodem modo* und das geringe nun folgende Spatium, welches nur für die zur Verbindung des Folgenden erforderlichen Wörter hinreicht. Dieses zugegeben, so lässt sich wohl keine andere und passendere Vergleichung denken als die mit der Mancipation der Kinder, zumal da Gaius im Folgenden Gewicht darauf legt, dass sogar auch dann, wenn die Frau nicht *filiae loco* sey, dennoch die Befugniss zu remancipiren statt finde. Denn danach musste etwas vorausgegangen seyn, welches die Mancipation der Fraun auf die der Kinder zurückführte, oder sie damit verglich. Die Zusammenstellung von *tamen nihilominus* wird bey Gaius, der wie wir schon oben bemerkt haben, zur Erreichung eines gewissen Nachdrucks die Häufung der Partikeln liebt, nicht auffallen. Vgl. 2, 170. — *potest tamen nihilominus iure civili aut longius aut brevius tempus dari.*

Nach unserer Fassung widerspricht nun übrigens unser §. ausdrücklich der neuerlich von Zimmern [33]) gegen die Meinung fast aller übrigen Rechtshistoriker aufgestellten Ansicht, dass eine in *manu* befindliche Ehefrau ohne Aufhebung der *manus* nicht habe mancipirt werden können. Da es hier auf die Rettung der Consequenz des ältern Römi-

31) Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 5. S. 262.
32) Vgl. Göschens Anm. 7.
33) Rechtsgesch. §. 140. S. 512. §. 220. S. 341. wo auch die Dissentienten angeführt sind.

schen Rechts ankommt, so mögen noch einige Worte zur Widerlegung hinzugefügt werden. Zimmern hat zwey Argumente für seine Meinung; erstens, dass immer nur dem *parens* und *coëmptionator* das Recht zu mancipiren zugeschrieben werden, und zweytens Gai. 1, 137. Das erste Argument würde einigermassen beweisend seyn, wenn zuvor feststände, dass *coëmptionator* blos denjenigen, mit dem die Frau *fiduciae caussa coëmptio* gemacht hat, und nicht auch den Ehemann, welchem die *manus* über seine Frau durch *coëmptio* zusteht, bedeute. Allein dafür gibt es durchaus keinen Beweis; umgekehrt ist der Wortsinn dagegen — da doch *coëmptionator* an sich jeder heisst, *cum quo mulier coëmptionem fecit* — und eben so auch manche Stellen, wo ganz allgemein von Wirkungen der in *manum conventio* die Rede ist, und dabey das Wort *coëmptionator* überhaupt für den, in dessen *manus* die Frau kommt, steht. So nahmentlich Gai. 3, 83. 84. auf welche Stellen sich auch Schilling [34]) berufen hat, um den allgemeinen Sinn des Worts gegen Hugo zu vertheidigen. Ich glaube selbst, dass die Römischen Juristen sich dieses Worts im weitesten Sinne für jeden, der eine Frau in *manu* hatte, einerley ob durch *confarreatio*, *coëmptio* oder *usus*, bedienten [35]), so wie ja öfter um der Bequemlichkeit willen eine *species* für das *genus* gesetzt wird. Ist nun aber diese allgemeinere Bedeutung richtig, so geben alle jene Stellen umgekehrt ein Argument für unsere Meinung ab. Die Stelle bey Gai. 1, 137. beweist noch viel weniger für Zimmern. Gaius stellt dort Töchter und Ehefraun *in manu* einander gegenüber und sagt, eine Tochter könne niemals ihren Vater zur Emancipation zwingen, selbst wenn sie Adoptivtochter wäre, die Frau aber könne durch Zuschickung des Scheidebriefs den Mann ebenso dazu zwingen, als wenn sie nie verheirathet gewesen wäre. Daraus schliesst nun Zimmern: folg-

---

34) Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 143.

35) In einem etwas engern Sinne wohl nur durch *coëmptio* und *usus;* denn die *confarreatio* steht auf einem ganz andern Gebieth, indem sie als Sacrament der Ehe *iure sacro* die Frau in des Mannes Hand bringt. Der *usus* dagegen ist nur eine Ergänzung der *coëmptio.*

lich kann eine Frau, so lange sie in der Ehe steht, nicht mancipirt werden. Aber mit Unrecht; denn in jener Stelle ist gar nicht davon die Rede, ob und wann eine Frau *in manu* remancipirt werden könne, sondern ob und wann sie ihren Ehemann zwingen könne, sie zu remancipiren, und von diesem Zwangsrecht sagt Gaius, es trete durch Scheidung eben so ein, als wenn von Anfang an keine Ehe dagewesen wäre. So hat auch die Stelle allein Zusammenhang mit dem übrigen Recht. Zwang zur Auflösung eines *ius alienum* findet so oft statt, als letzteres keinen wahren Inhalt und folglich auch kein rechtliches Interesse für den Berechtigten hat; so mit dem *mancipium*, welches weder der Vater bey der Emancipation sich vorbehalten, noch ein Gläubiger wegen seiner Geldforderung bekommen hat [35*]; so auch mit der *manus*, welche von Anfang keinen reellen Inhalt hatte, wie bey *coëmptio fiduciaria*, oder welche ihn nachher verlohr. Das letztere tritt ein, wenn eine Ehefrau sich scheidet und so statt *matrimonii causa* nun *sine causa in manu* ist, und dieser Fall ist es gerade, den Gaius hier durch Zurückführung auf den gewöhnlicheren der *coëmptio fiduciaria* (*atque si ei nunquam nupta fuisset*), von dem er wahrscheinlich kurz vorher gesprochen hatte, der juristischen Einsicht näher bringt. Indem also hiernach diese Stelle ebenfalls das Recht eines jeden *coëmptionator* zur Remancipation stillschweigend voraussetzt, beweist sie auch mehr wider als für die bestrittene Meinung. Dass übrigens, die Sache an sich betrachtet, wirklich auch dem *maritus coëmptionator* das Recht der Remancipation zugesprochen werden müsse, ist wohl offenbar. Gerade dadurch hat der Mann eine der *potestas* ähnliche Gewalt über die Frau, dass diese durch die Ehe ebenfalls in eine Geschlechtseinheit mit ihm tritt, in der sie ähnlich als in ihm, wie das Kind im Vater aufgehend betrachtet wird. Die Ehe ist also, obgleich an sich verschieden und trennbar von der *manus*, doch zugleich das wesentliche Element der letztern, ohne welche diese nie im Recht hätte auf-

---

35*) S. oben.

kommen können, und wenn von den Rechten dessen, *cuius in manu est femina* die Rede ist, so kann nie der, mit dem die Frau *fiduciae caussa coëmptio* gemacht hat, selbstständig ein Recht besitzen, was nicht auch dem *maritus coëmptionator* zustände, indem niemals das Bild weiter reichen kann als die Sache selbst. Nur die *manus* durch *confarreatio* macht bekanntlich eine Ausnahme, weil bey ihr die durch göttliches Recht geknüpfte Einheit auf keine Weise durch menschliches Recht wieder aufgelöst werden konnte, daher auch uraltes Recht dem Vater des Mannes, welcher *filiusfamilias* war, dessen Mancipation untersagte.

Hiernach hat also Gaius in unserer Stelle die Verhältnisse durchaus richtig angesehn, wenn er das Recht des *fiduciarius coëmptionator* als ein nicht so sehr sich von selbst verstehendes darstellt, wie das des *maritus coëmptionator.*

## *Comm.* I. §. 122.

*Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses et quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere* — 18 stell. — *asses librales erant, et dipondii erunt* — 14 stell. — *dipondius dicitur* — 13 stell. — *ponderis nomen adhuc in usu retinetur. semisses* * * *et quadrantes pro rata scilicet portione* — 4 stell., 1 vers., 13 stell. — *non numerabat eam sed appendebat. unde servi, quibus* — 35 stell. — *appellati sunt et ad* — 11 stell. —

Dieser Paragraph möchte sich ziemlich sicher ganz wiederherstellen lassen. Die sämmtlichen Lücken mit Ausnahme der letzten liessen sich nähmlich vielleicht so ausfüllen:

*sed in pondere. n̄* (*nam*) *ut ipsi singuli asses librales erant, et dipondii fuerunt bilibres, quoniam dipondius dicitur q̄. ē II librarū. q̄* (*quod est duarum librarum quod*) *ponderis nomen adhuc in usu retinetur. semissis qq* (*quoque*) *et quadrantes pro rata*

*scilicet portione librae aeris habebant certum pondus. it' (item) qui dabat tum pecuniam, non adnumerabat eam sed appendebat.*

Gegen die Angemessenheit dieser Ausfüllungen dem Sinne nach möchte sich nichts Erhebliches einwenden lassen. Gaius Absicht war, darzuthun, wie damals das Wesen des Geldes im Gewicht bestand und wie dieses sowohl in dem Nahmen und dem Gehalt der Münzen als in der Art des Umsatzes sich zeigte. Diesem entspricht die versuchte Restitution, wie ich glaube, vollkommen. Es kommt also noch auf das Diplomatische an.

*nam ut ipsi singuli*] Das *n* erscheint nach Blume im Anfange der Lücke; eben so am Ende ungefähr diese Zeichen *ecuti*, woraus leicht *nguli* gemacht werden kann. Vgl. auch *Fest. v. Grave aes dictum a pondere, quia deni asses, singuli pondo libras, efficiebant denarium ab hoc ipso numero dictum.*

*fuerunt*] In der Handschrift steht *fuerant*, woraus Göschen *erant* gemacht hat. Allein *fuerunt* lässt sich wohl vertheidigen. Die Pfündigkeit des *as* war das allgemeine Princip, von dem man ausging. Eine einzelne Anwendung davon, gleichsam also ein historisches Factum, war, dass man demgemäss auch Zweypfünder prägte oder abwog. So kann man richtig sagen: *ut erat multarum rerum peritus, etiam in iure civili excelluit.*

*bilibres quoniam*] Dieses beruht auf blosser Conjectur, nur dass die Zahl der fehlenden Buchstaben passt. *Bilibres* habe ich gesetzt, weil dieses Wort dem vorhin gewählten *librales* am genausten entspricht.

*quod est duarum librarum, quod*] In der Handschrift sind nur noch die letzten Zeichen sichtbar: *fsıruo,* was ich mir so erkläre: *rarū q̄*. Um Raum zu gewinnen, muss man annehmen, dass statt *duarum* die Ziffer gesetzt sey, was ja öfter geschieht. Bey *Isidor. Orig.* 16, 24. steht Folgendes: *Abusive autem pondus libra una est. Unde etiam dipondium dictum est, quasi duo pondera, quod nomen adhuc in usu retinetur.* Dürfte man annehmen, dass Isidor hier, wie sonst so häufig, aus Gaius geschöpft und dessen

Worte ziemlich genau beybehalten habe, so müsste unsere Restitution etwas anders ausfallen. Indessen da nach der Beschaffenheit der Handschrift Gaius das nicht wohl ausdrücklich gesagt haben kann, dass man *pondus* statt *libra* gebrauche, so glaube ich, dass Isidors Entlehnung sich auf die letzten Worte beschränkt.

*quoque*] Das eine *q* ist sichtbar, der andere Buchstabe ungewiss.

*librae*] Dieses halte ich für ziemlich sicher. Die Handschrift zeigt: *abro.*

*aeris habebant certum pondus*] Das erste Wort finde ich in den von Blume angegebenen Buchstaben *gats.* Die drey ersten Buchstaben von *habebant* in dem darauf folgenden *eab;* Buchstaben, welche auf jeden Fall eine Veränderung erleiden müssen, wenn etwas Lesbares aus ihnen gemacht werden soll. Das Uebrige entspricht ziemlich dem vorhandenen Spatium.

*item*] Davon ist nur noch das Apostrophzeichen in der Handschrift sichtbar geblieben.

*qui dabat tum*] Die ersten beyden Worte dürfen unzweifelhaft genannt werden. Aber für *tum* würde ich gern ein anderes den Zeichen der Handschrift entsprechenderes Wort substituiren; *alicui*, woran man zuerst denkt, passt ebenfalls nicht.

*pecuniam*] Für dieses Wort gibt Anm. 43. der Göschenschen Ausgabe die deutlichen Züge. Doch scheint hinter demselben noch etwas in der Handschrift gestanden zu haben; daher ich statt *non numerabat*, wie Göschen herausgegeben, *non adnumerabat* gesetzt habe, welches letztere Wort ohnehin dem *appendebat* mehr entspricht; vgl. auch *Fest. v. Dispensatores.*

Der Schluss des Paragraphen ist wohl unzweifelhaft so wieder herzustellen:

> *unde servi, quibus pmittit'* (*permittitur*) *administratio pecuniae dispensator.* (*dispensatores*) *appellati sunt et ad h'* (*adhoc* statt *adhuc*) *appellantur.*

Die völlige Angemessenheit hinsichtlich der Züge des Codex zeigt ein Blick auf die Darstellung der letztern bey Göschen.

Uebrigens ist zu vergleichen *Schol. ad Pers. Satir.* 2,59. *Fuit assis libralis et dipondius, quod hodie in usu remansit, et solebat pensari potius quam numerari, unde et dispensatores dicti prorogatores.* Eine Stelle, die offenbar aus der unsrigen geschöpft ist, wie den Gaius Institutionen überhaupt viel von den Grammatikern gebraucht wurden. *Varro de L. L.* 5, (4,) 36. *Ab eodem aere pendendo Dispensator et in tabulis scribimus Expensum. Fest. v. Dispensatores dicti, qui aes pensantes expendebant non adnumerabant.* Dass in der Regel Sclaven zu diesem Amte gehalten wurden, geht aus vielen Stellen der Römischen Juristen und anderer Schriftsteller hervor, wegen deren es genügen mag, auf die reiche Sammlung bey *Brisson. de V. S. v. Dispensator* und auf die grössern Wörterbücher von Faber, Gessner und Forcellini zu verweisen. Gaius selbst erwähnt den *dispensator* in seinen Institutionen 3, 160.

## *Comm.* I. §. 123.

*Si tamen quaerat aliquis, quare* — 5 stell. — *coëmptio* — 18 stell. — *nam ea quidem, quae coëmptionem facit* — 10 stell. — *servilem conditionem* — 37 stell. — *mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur etc.*

Zweyerley muss erst an den hier bereits restituirten Worten geändert werden, ehe an Restitution des Uebrigen zu denken ist. Erstens kann *nam ea* nicht richtig seyn, weil, wie der Satz angefangen ist, er unmöglich in der kleinen Lücke hinter *coemptio* schon so weit vollendet seyn konnte, dass ein neuer Satz mit *nam* anfangen könnte; auch enthält ja das Folgende nicht den Grund der fraglichen Verschiedenheit, sondern die Verschiedenheit selbst, also die Antwort auf die Frage. Die Handschrift hat freylich *nea* oder *nta*, woraus sich mit Leichtigkeit *nam ea* machen lässt, jedoch auch noch etwas Anderes, wie wir gleich sehen werden. Zweytens muss wohl statt *facit* unbedenklich *fecerit* geschrieben werden. Im Codex steht zwar weder das eine noch das andere, sondern *faceret*, was aber doch weit leichter in *fecerit* verändert werden kann und so verändert werden muss, weil der Gegensatz von *mancipati mancipataeve*

auch hier das Perfectum fordert. Dieses vorausbemerkt glaube ich nun den ganzen Paragraphen folgender Massen wieder herstellen zu können:

*Si tamen quaerat aliquis, quare f e a r u. (feminarum) coemptio d i s t e t a m̄c i p a t i o n e f m a (mancipatione, femina) quidem, quae coemptionem fecerit, n̄ d e d u c i t i n (non deducitur in) servilem conditionem, a p a r e n t i b u s v e r o e t a c o e m p t i o n a t o r i b u s mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur: adeo quidem, ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona servorum. sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in c o e m p t i o n e.*

Wir sprechen zuerst von dem Kritischen dann vom Sinne.

*feminarum*] Dieses Wort erregt am meisten Zweifel. Denn aus der Handschrift ist angegeben: ein Halbbogen, ein perpendiculärer Strich und *tra*, so dass nur allenfalls die letzten beyden Buchstaben mit denen, welche unsere Restitution verlangt, übereinkommen. Indessen, da die ersten Zeichen überhaupt nicht für bestimmte Buchstaben haben erkannt werden können und alle diese Schriftzüge nicht mit völliger Sicherheit gelesen sind (wie der Cursivdruck anzeigt), so muss es dem Kritiker hinreichen, dass die Zahl der Buchstaben passt und das eingesetzte Wort einen richtigen Sinn gibt. Nun lässt sich zwar die Verbindung *feminarum coemptio* durch keine Parallelstelle rechtfertigen; allein der Ausdruck ist an sich richtig und hier gerade sehr passend, da Gaius ausdrücken will: die den Frauen eigenthümliche *coemptio*, im Gegensatz der *mancipatio*, welche sowohl auf Personen männlichen als weiblichen Geschlechts anwendbar ist.

*d i s t e t a m a n c i p a t i o n e, f e m i n a*] Für die ersten beyden Wörter biethet die Handschrift einen Raum von sieben Buchstaben dar, welche nicht haben gelesen werden können. Dann folgt nach Blume: *n e*g a t i m***n e*

(oder *t*) *a*. Hier wird jeder Kundige im Anfange das Wort *mancipatio* — die erste Sylbe durch ein überstrichenes *m* geschrieben — nicht verkennen; die letzten drey Zeichen aber lassen sich unbedenklich für die Buchstaben *ma* erkennen; füllen wir dann die drey Sternchen noch mit *nef* aus, so haben wir das oben in den Text gesetzte *mancipatione*, *femina*.

*non deducitur in*] Die Handschrift hat gerade die erforderliche Menge von Stellen für Buchstaben. Im Anfange der Lücke bemerkt Blume die Buchstaben *d* (oder *g*) *e* mit einem Strich darüber; vielleicht hatte der Abschreiber *non* vergessen und dieses über der Zeile hinzugefügt, wovon jener Strich noch sichtbar geblieben wäre. Ueber die Redensart vgl. *L.* 3. §. 1. *de cap. min. Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem caussam deductus.* Sehr häufig ist die Redensart *deduci in servitutem. Brisson. de V. S. v. deducere* §. 10.

*a parentibus vero et a coemptionatoribus*] In der Handschrift ist gerade Platz für diese Einschaltung. Die einzelnen Buchstaben haben nicht gelesen werden können; nur dass nach Blume im Anfange *ad* (letzter Buchstabe ist mit *p* in halb verlöschter Schrift leicht zu verwechseln) und am Ende *so* steht soll, von welchen Buchstaben der letzte als zweifelhaft bezeichnet ist, wie denn auch Göschen nur Einen Buchstaben gesehn hat. Kein Zweifel über unsere Restitution bleibt übrig, wenn man die Parallelstellen vergleicht, wo von denen, die in das *mancipium* kommen, allgemein geredet wird; so gleich nachher: *cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur.* Eben so oben §. 118ª. *Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur etc.*

*coemptione*] Dieses Wort hat schon Göschen aus den Schriftzügen der Handschrift vermuthet und nach dem Zusammenhange ist es unzweifelhaft. Wenn Böcking[36]) dagegen bemerkt: *Equidem ut haec mihi probentur, non possum a me impetrare. mihi plane necessaria videntur verba*

36) Zu diesem §. Anm. *p*). Vgl. desselben Dissertation *de mancipii causis* p. 49. flg. wo das Recht der *coemptio* völlig missverstanden ist.

*confarreatione vel usu.* so beruht dieses wohl blos auf einem „*quibus verbis coëmptio fiat, nescire*“ (*Cic. de orat.* 1, 56.) auf welche *verba* es hier lediglich ankommt.

Was den Sinn betrifft, so will Gaius, der oben in der Lehre von der Manus §. 113, gesagt hatte: *Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quandam imaginariam venditionem etc.* und der nachher vom Mancipium bemerkt hatte, es entstehe ebenfalls durch Mancipation, die, wie gesagt, eine *imaginaria venditio* sey (§. 119.), die sehr natürlich sich aufwerfenden Fragen beantworten, wie denn der Zustand einer Frau, welche *coemptio* gemacht, von dem eines gewöhnlichen *mancipatus* verschieden sey und woher diese Verschiedenheit komme. Die Antwort auf die erste Frage lautet: Der rechtliche Zustand der Frau welche *coemptio* gemacht, besteht nicht so, wie der des *mancipatus,* in einem sclavenähnlichen Verhältnisse, sondern gehört mit zu den persönlichen Entfaltungen des Menschen in der Familie, deren es überhaupt zwey gibt, Kindesverhältniss und eheliches Verhältniss und die in den drey Personen und Ausdrücken erscheinen: *paterfamilias, materfamilias* und *filiusfamilias.* Diese drey sind generisch Ein freyes Wesen, welches seinen Mittelpunct in dem Vater, als dem die übrigen beyden bedingenden Individuum hat, und dessen beyde bedingte Entfaltungen, Ehefrau und Kind, nur insoweit sie vom Individuum des Vaters getrennte Individuen sind, civilrechtlich in dessen Rechte stehn, mithin nicht so, wie Jemandem seine Sachen, sondern wie ihm seine Gliedmassen gehören, nicht aus seinem Gut, sondern aus seinem Blut. Daher sobald der Vater durch Tod oder auf andere Weise aus der Familie entrückt wird, sofort die generisch vorhandene Freyheit von Frau und Kind individuell hervortritt und der Vater, so wie er von diesen *ab intestato* als von *sui* oder *quasi sui heredes* beerbt wird, durch Testament ihnen als durch seinen Tod von selbst Familienfreyen Erbschaft und Legate hinterlassen kann. Ganz anders dagegen mit den Sclaven und den *liberi homines mancipati.* Diese gehören nicht mit zu den persönlichen Entfaltungen des generischen Menschen, sondern

stehen nach der sächlichen Natur, die der Mensch auch an sich trägt, weil er Körper ist, in dem Rechte des Herrn oder dessen, der sie gekauft; sie stammen ihm aus dem Gute und nicht aus dem Blute; daher sie nicht so von selbst frey werden, wenn der, der das Recht über sie hat, stirbt, folglich auch keine *sui heredes* desselben seyn und an sich nicht Erbschaften und Legate von ihm erwerben können, sondern es erst einer Aufhebung ihrer Versächlichung d. h. der Manumission bedarf. Der Unterschied zwischen Sclaven und solchen, die im *mancipium* stehn, ist nur der, dass bey ersteren, die von Grund d. h. von der Staatsnatur aus unfrey sind, die Versächlichung eine wirkliche, bey den letztern dagegen, welche dem Staat nach frey und der Familie nach ebenfalls nicht in einer persönlich bedingten Lage sind, nur eine imaginäre gleichsam nur in der Schale bestehende ist. Auch ändert sich das Verhältniss in der Hauptsache nicht, wenn wir eine Frau, welche *fiduciae causa coemptio* gemacht hat, dem *mancipatus* gegenüberstellen. Denn obgleich nun auch jene *manus* eine blos imaginäre ist, so ist sie doch immer ein Bild von der *manus* der Ehefrau, und nicht wie das *mancipium* ein Bild der Sclaverey.

Was den Grund betrifft, warum die *manus* hier und dort so verschieden wirkte, so setzt ihn Gaius in die verschiedenen *verba*, welche bey der *coemptio* und *mancipatio* gebraucht werden. Bey der *mancipatio* sagte der Käufer, indem er die Frau oder das Kind erfasste: *hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio*, und indem der Vater oder *coemptionator* das *raudusculum* empfing, willigte er damit in die Bedeutung der Mancipation ein, dass durch sie der Verkaufte gleich einem Sclaven in des Käufers Recht fallen sollte. Von den Worten, welche bey der *coemptio* gebraucht wurden, habe ich oben schon zu §. 113. gesprochen. Unter Erinnerung an die bey den Coemptionen ebenfalls gebrauchte Formel *ubi tu Gaius ego Gaia* konnte man die zu gebrauchenden Wortformeln vollständig so angeben. Der Mann fragte die Frau: *Visne tu mihi ita ex iure Quiritium materfamilias esse, ut ubi ego Gaius, tu*

*Gaia sies*[37])? Sie antwortete: *Volo.* Dann umgekehrt die Frau den Mann ebenso, nur dass statt *materfamilias* gesetzt wurde *paterfamilias* und dann: *ut ubi ego Gaia tu Gaius sies*, und der Mann antwortete ebenfalls: *Volo.* Bey beyden Antworten erklärten auch die Väter ihre *auctoritas.* Darauf sagte der Mann: *Te ego ex iure Quiritium matremfamilias meam esse aio, estoque mihi empta hoc aere aeneaque libra*[38]). Zugleich erfasste der Mann nicht die Frau, sondern diese kam freywillig in seine Hand, wie schon oben bemerkt ist; daher auch von einem *capere* weder beym *usus* noch bey der *coemptio* die Rede ist [39]) und es nirgends heisst, die Frau sey mancipirt worden. Auch gab der Mann das *raudusculum* nicht etwa dem Vater, sondern der Frau selbst, indem nicht jener die Tochter verkaufte, was beym Mancipium geschah, sondern diese sich in des Mannes Hand begab.

Hieraus erhellt nun hinlänglich, warum die *coemptio* ganz anders wirkte als die *mancipatio.* Noch könnte man aber fragen, wenn die Frau gar nicht verkauft wurde, wie dann überhaupt die *mancipatio* als eine in *manum conventio* habe angewandt werden können? Wie ich glaube, muss man die Sache so ansehn: Von Seiten des Mannes ist die Frau allerdings ein fremder Gegenstand, über den er sich ähnlich wie über eine Sache durch Kauf ein Recht erwerben kann; die Frau dagegen von ihrer Seite kann nicht sich selbst verkaufen, weil jeder Verkauf eine Getrenntheit des verkauften Objects von dem Verkäufer vor-

---

37) Schon vorher scheint die Frau gefragt zu seyn, wie sie heisse, worauf sie antwortete: *ubi tu Gaius ego Gaia. Auct. incert. de nominib. Roman.* (hinter Valerius Maximus abgedruckt) — *institutum fuit, ut novae nuptae ante ianuam mariti interrogatae, quaenam vocarentur, Gaiam esse se dicerent.* Plutarch. *Quaest. Rom.* 30. *Διὰ τί τὴν νύμφην εἰσάγοντες λέγειν κελεύουσιν· Ὅπου σὺ Γάϊος, ἐγὼ Γαΐα.*

48) Vielleicht wurde die Formel um sie mit dem Vorhergegangenen zu verbinden, so eingeleitet: *Quando te velle dixisti, te ego* u. s. w. *Te* habe ich gesetzt und nicht *hanc ego*, weil diese Mancipation die Freyheit dessen, der mancipirt wird, voraussetzt und nicht über hin sondern mit ihm vorgenommen wird.

39) Im höchsten Grade unwürdig ist es, wenn die Neuern beym *usus* gar von einer Ersitzung der Frau reden.

aussetzt. Wohl aber kann sie in die käufliche Erlangung des Rechts von Seiten des Mannes durch Empfang des *aes* und durch das *convenire in manum* einwilligen; daher liegt hier eine *emptio sine venditione* oder mit andern Worten ein Act vor, der auf der einen Seite einen sächlichen, auf der andern aber einen persönlichen Charakter hat[40]. Und weil nun dieses Persönliche das Wesentliche des ganzen Geschäfts ist, so wird dasselbe auch *principaliter* der Frau zugeschrieben, jedoch so, dass der Erwerbgrund für den Mann mit ausgedrückt wird. Denn man sagt: *uxor facit cum marito coemptionem.*

### *Comm.* I. §. 131.

*Olim quoque quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, qui iussu parentis* — 11 *stell.*, 1 *vers.*, 13 *stell.* — *acciperentur alterius civitatis cives.*

Die hier gebliebene Lücke lässt sich so ausfüllen:
*qui iussu parentis p'fectus (profectus) erat* | *in latinā (latinam) coloniam, de p. p. (patria potestate) exire videbat' (videbatur) c' q' ita c. R. (cum qui ita civitate Romana) cesserant acciperentur alterius civitatis cives.*

*profectus erat*] Nach Blume ist der erste Buchstabe dieser Lücke *p*, der folgende unbestimmt, *o* oder *a*, welche beyde mit *f*, wie dieses in der Handschrift des Gaius geschrieben wird, Aehnlichkeit haben. Ueber den Kunstausdruck *proficisci in coloniam Latinam* vgl. *Cic. pro Caec.* 33. *Certe quaeri hoc solere me non praeterit — quem-*

40) Man wende nicht ein, dass *emptio venditio* Correlate seyen, die sich nothwendig postuliren. Dieses kann nur in sofern behauptet werden, als für den Käufer nothwendig auch verkäuflich seyn muss, was er soll kaufen können. Man könnte daher sagen: *uxor vendi (venum dari) non potest, venum ire potest.* — Uebrigens erklärt sich hieraus, warum es bey Nichtjuristen einige Male (*Gell. N. A.* 4, 3. und 18, 6.) heisst, die Frau sey beym Manne *in manu mancipioque*, welcher Ausdruck aber streng genommen richtig ist, da das Resultat der *coemptio*, welches hier bezeichnet werden soll, lediglich *manus* ist. *Ulp.* 19, 18., den sogar nach Auffindung des Gaius einige Schriftsteller hieher bezogen haben, gehört natürlich nicht hieher.

*admodum, si civitas adimi non possit, in colonias Latinas saepe nostri cives profecti sint. Aut sua voluntate aut legis multa profecti sunt: quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent. Pro dom.* **29.** *Qui cives Romani in colonias Latinas proficiscebantur, fieri non poterant Latini, qui non erant auctores facti, nomenque dederant.*

*in Latinam coloniam*] Nach **Blume** sieht der Anfang dieser Zeile in der Handschrift so aus: **** *timeage* welches sich zu der Restitution *in latinā coloniam* wohl eignet. — Uebrigens ist *Latina colonia* mit dem kurz vorher gebrauchten Ausdrucke *in Latinas regiones colonia deducta* dem Sinne nach identisch. Man darf nähmlich diesen Ausdruck nicht etwa so verstehn, als sollte mit *Latinae regiones* die gewöhnlich *Latium* genannte Landschaft in Italien bezeichnet werden. Vielmehr ist daran zu erinnern, dass ein jeder Staat nothwendig aus zwey einander entsprechenden Theilen besteht, den Personen der Bürger und dem diesen zur Grundlage dienenden *ager*, und dass bey einer staatsrechtlich geschehenden Fortbildung des Staats, d. h. bey der Gründung von Colonien oder Municipien nach beyden Bestandtheilen eine Erweiterung nothwendig war. Wurde daher eine *colonia* oder ein *municipium civium Romanorum* gestiftet, so war der Boden der Stadt *ager Romanus*, so wie die Bewohner *cives Romani.* Sollte dagegen die Stadt latinisch seyn, so wurde ihre Mark gleichsam als ein Ableger des *vetus Latium*, *latina regio* und ihre Bürger, als Staatsgenossen der alten Bewohner Latiums, *Latini.* Und zwar wurde durch die *lex coloniae deducendae* zuerst immer der Boden für latinisch erklärt und bildete so schon eine Colonie, ehe die Bewohner angekommen waren; woraus sich der Ausdruck *in colonias Latinas proficisci* von selbst erklärt. Wurde eine schon bestehende Stadt mit der Latinität bewidmet, also gleichsam zum *municipium Latinum* gemacht, so erfolgte auch hier die Latinisirung der Idee nach zuerst vom Grund und Boden aus, als der Grundlage des Staats; denn es heisst von solchen Staaten gewöhnlich nicht *cives Latini facti*, sondern *op-*

*pida Latio antiquo donata*, *oppida Latii veteris*, *Latii antiqui*, *Latina*, *Latium tribuere*, *dare* u. s. w. obwohl, wie sich von selbst versteht, die Bürger auch *Latini veteres*, *Latinae conditionis* heissen. Man vgl. die von Spanheim *Orb. Rom.* I, 8. 9. gesammelten Stellen.

*cum qui ita civitate Romana cesserant*] Die Zahl der Buchstaben ist nach dem vorhandenen Raume abgemessen; vor *acciperentur* glaubte übrigens Blume die Züge von *esserui* zu erblicken, welche unser *cesserant* sehr bestätigen. Dass *cedere* das eigentliche Wort von solchen war, welche ihr Vaterland verliessen, bemerkt der Scholiast zu *Virg. Aen.* 2, 804.

## *Comm.* I. §. 132.

Der Anfang dieses Paragraphen, welcher meistens aus Ulpian 10, 1. restituirt ist, lautet so:

*Emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. sed filius quidem ter mancipatus sui iuris fit, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate.* —

Hier habe ich gegen die übrigen Restitutionen nichts einzuwenden; allein schwerlich kann die Ausfüllung *mancipatus sui iuris fit ceteri* bestehn; denn wenn der Sohn dreymal mancipirt ist, wird er noch nicht *sui iuris*, sondern erst frey von der väterlichen Gewalt. Göschen beruft sich zwar auf Ulpian; aber dieser sagt: *Sed filius quidem ter mancipatus*, *ter manumissus*, *sui iuris fit*[41]). Eher möchte also folgende Ausfüllung die Wahrheit treffen:

*sed filius quidem tertia demum mancipatione*, *ceteri vero liberi etc.*

Gaius scheint nähmlich nicht durchaus von Ulpian nach-

---

41) Eben so *Theophil. ad* §. 6. *I. quib. mod. ius patr. pot. solv.* *Αὐτεξούσιον τὸν παῖδα ποιοῦσι τρεῖς ἐμαγκιπατιόνες καὶ τρεῖς ἐλευθερίαι.* In der *Epit. Gai.* I, 6. §. 3. heisst es ungenauer: *Sed filius masculus tribus emancipationibus de potestate patris exit et sui iuris efficitur.* Doch kann man *emancipatio* vollständiger verstehn für *mancipatio et manumissio.*

geahmt zu seyn, da jener zunächst blos von dem *exire de potestate parentis*, dieser dagegen sofort von dem *sui iuris* werden spricht.

Nachher beschreibt Gaius die Form der Emancipation so:

> *mancipat pater filium alicui: is eum vindicta manumittit: eo facto revertitur in potestatem patris. is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii, set in usu est, eidem mancipari: isque manumittit postea similiter vindicta* — 14 stell. — *rursus in potestatem patris* — 6 stell. — *revertitur etc.*

Obgleich der Text gegen Ende unvollständig ist, so wird doch jeder an dem Satze *isque manumittit postea similiter vindicta* Anstoss nehmen, weil *eum* fehlt, welches unmöglich in der folgenden Lücke nachschleppen konnte. Da nun statt *manumittit* in der Handschrift blos *mm* gelesen ist, so glaube ich die Wahrheit zu treffen, wenn ich so restituire:

> *isque eum postea similiter vindicta mmit* (*manumittit*) *quo facto rursus etc.*

So entspricht der Satz in Gaius einfacher Schreibart durchaus dem obigen *is eum vindicta manumittit* und dem darauf folgenden *is eum iterum mancipat etc.* Auch ist *eum* von *mm* in verblichener Schrift so schwer zu unterscheiden, dass diess kaum eine Veränderung genannt werden kann. *mmit quo* wird mit den bey Göschen verzeichneten Zügen der Handschrift verglichen ebenfalls passend gefunden werden. Nur in *facto* (in der Handschrift: *p*(oder *r* [oder *f*])* *c**) scheint der letzte Buchstabe ganz unsichtbar geworden zu seyn. Die folgende kleine Lücke hat Böcking, wie ich glaube, richtig mit *ut ante* ausgefüllt. Man könnte auch setzen: *ut p'us* (i. e. *ut prius*).

## *Comm.* I. §. 134.

Wenn ein Sohn in Adoption gegeben werden soll, so beginnt die Handlung eben so mit drey Mancipationen und den beyden dazwischenliegenden Manumissionen, wie bey der

Emancipation. Nachdem Gaius dieses vorausbemerkt hat, fährt er in der Beschreibung des Adoptionsacts also fort:

*deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat aput Praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante, a Praetore vindicanti filius addicitur; aut iure mancipatur patri* — 2 stell. 1 vers. — *mancipatione est: set sane commodius est, patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti, aut iure mancipantur. Eadem et in provinciis apud Praesides provinciarum solent fieri.*

Hier macht vorzüglich Schwierigkeit, was es heisse, *iure mancipare* und wie behauptet werden könne, dass die erstere Art bequemer sey als die letztere. Wir wollen es versuchen, diese Schwierigkeit zu lösen, zuvor aber eine Restitution der angezeigten Lücke vorschlagen und rechtfertigen, die mit jener Lösung aufs innigste zusammenhängt. Die beyden ersten Stellen für Buchstaben gehören noch der sechsten Zeile in der Handschrift an und es hat nichts auf derselben gelesen werden können; die darauf folgende Zeile fängt nach Göschen ungefähr so an: *pbcouindici.* Durch die Aehnlichkeit dieser Zeichen geleitet, schlage ich nun vor so auszufüllen:

*aut iure mancipatur patri ado|ptivo vindicanti filium ab eo apud quem is in tertia|mancipatione est.*

Von Seiten der Kritik wird gegen diese Ausfüllung nichts Erhebliches zu erinnern seyn. Die Menge der Buchstaben entspricht der Grösse des auszufüllenden Raums und so weit die Züge der Handschrift haben erkannt werden können, deuten sie auf die von uns gesetzten Worte hin. Auch ist die Wortfügung natürlich, und nahmentlich sagt Gaius auch sonst *in mancipatione esse* statt *in mancipio esse;* vgl. §. 135. *qui ex filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est.* Aehnlich ist *ex mancipatione manumitti. ibid.* und 2, 141.

Den Sinn anlangend, so würde nun Gaius selbst durch den Zusatz *vindicanti filium* erklären, worin das *iure mancipare* eigentlich bestehe und wodurch es sich von dem ge-

wöhnlichen *mancipare* unterscheide. Es unterscheide sich nähmlich dadurch, dass bey dem *iure mancipare* der *pater adoptivus*, an den mancipirt wird, nicht auf gewöhnliche Weise spricht: *hunc ego ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi est emptus hoc aere aeneaque libra*, sondern in der Mancipation den Sohn vindicirt, welches dreyerley in sich schliesst, Vornahme des Acts vor dem Prätor, Gebrauch der Vindicationsworte und *addictio* des Prätors, alles dieses wie bey der *in iure cessio.*

Ich werde nun zuerst auseinandersetzen, worin die beyden Adoptionsarten eigentlich bestanden, wie sie sich unterschieden und wie beyde, nahmentlich aber die durch *iure mancipare*, so wie wir sie beschrieben haben, der Natur der Adoption einzig entsprechen, darauf erklären, wie behauptet werden könne, dass die andere Art durch *remancipatio* bequemer war und zuletzt noch einige Bemerkungen über den Ausdruck *iure mancipare* hinzufügen.

Die Adoption ist die Handlung, wodurch ein *homo alieno iuri subiectus* aus der Gewalt, in welcher er jetzt steht, in eine fremde väterliche Gewalt übertritt. Soll dieses bewerkstelligt werden, so bedarf es offenbar dreyerley: dass die bisherige Gewalt aufgelöst, die neue begründet und diese beyden Acte so mit einander verbunden werden, dass der Adoptivsohn aus der einen Gewalt in die andere übergeht. Denn wäre das letzte nicht der Fall, so würde die Adoption nicht, wie sie soll, eine *datio in adoptionem* seyn und der Fall, wo ein Sohn emancipirt wird und darauf sich arrogiren lässt, auch eine Adoption genannt werden müssen. Ausserdem muss, was die erforderlichen Handlungen betrifft, theils die Handlung der Erlangung des Sohnes von Seiten des Adoptivvaters von der Beschaffenheit seyn, dass sie den Sohn nicht als ein zu ihm sächlich von aussen Hinzutretendes erscheinen lasse — denn das Wesen des Kindesverhältnisses ist das, dass das Kind aus dem Vater hervorgegangen sey — während umgekehrt die Handlung der Ablösung des Sohnes von der bisherigen Gewalt, indem sie eben eine Trennung bezweckt, in einem ihn als Sache behandelnden Acte bestehn muss, theils müssen beyde Handlungen *iuris civilis*

seyn, weil von einem Rechte über *personae civium* die Rede ist. — Setzen wir nun den Fall, dass ein *filiusfamilias* in Adoption gegeben werden soll, so ist so viel offenbar, dass der Sohn vor Allem dreymal mancipirt werden müsse; denn erst dadurch wird er nach dem Zwölftafelgesetz von seinem Vater frey und ehe diess nicht geschehn, ist kein Eintritt in das Recht eines andern Vaters möglich, weil Niemand zwey Väter haben kann. Befindet er sich aber in dem dritten Mancipium und kann also jetzt an die Erzeugung des neuen Vaterverhältnisses nach den obigen Erfordernissen gedacht werden, so ist nun vor Allem zu berücksichtigen, dass der Sohn von seinem Vater *iure patrio* in Adoption gegeben werden soll. Setzen wir daher, der Vater hätte sich bey der dritten Mancipation nichts *iure patriae potestatis* wegen des Sohnes vorbehalten, so würde die *datio in adoptionem* schon unmöglich geworden seyn, weil der Vater kein Recht mehr an seinem Sohne hätte, wonach er über ihn verfügen könnte; denn würde ihm auch der Sohn vom *mancipio accipiens* durch dessen guten Willen remancipirt, so wäre dieses *mancipium* weil es nicht durch Vorbehalt aus der *patria potestas* entsprungen, doch kein mit väterlichem Recht verbundenes, sondern der Vater nur als irgend ein Dritter zu betrachten, der zur Manumission vom Sohn genöthigt werden könnte [42]. Der Vater muss sich also jedenfalls durch einen Vorbehalt bey der dritten Mancipation sein Recht sichern. Dieser Vorbehalt kann aber auf eine zwiefache Weise gedacht werden, theils so, dass er sich die Remancipation ausbedingt, wo er dann den in sein *mancipium* zurückerhaltenen Sohn selbst dem Adoptivvater als Sohn übertragen kann; theils so, dass er sogleich den Käufer verpflichtet, die Uebertragungshandlung an den Adoptivvater vorzunehmen, in welchem Falle dieser Dritte gleich einem *heres fiduciarius* nur die Stelle des Vaters, dem er *fiduciae actione* haftet, vertritt, und wo

42) Gai. 1, 140. *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt. Excepto eo, quem pater ex lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit.*

also materiell ebenfalls vom natürlichen Vater an den Adoptivvater die Uebertragung des Kindes erfolgt. Die Uebertragungshandlung in dem einen und im andern Falle ist nun aber so zu denken.

1) **Dem Vater ist remancipirt worden.** Hier geschieht die Uebertragung durch *in iure cessio.* Der Adoptivvater nähmlich spricht, indem er den Sohn ergreift: *Hunc ego ex iure Quiritium filium meum esse aio*, der gegenwärtige natürliche Vater contravindicirt nicht, und der Prätor spricht dem Vindicanten den Sohn als solchen zu. Hiermit ist allen obigen Erfordernissen genügt. Denn a) der formellen Bedeutung nach ist die *in iure cessio* ein civiler Act. b) hinsichtlich ihres materiellen Inhalts lässt sie auf Seiten des Adoptivvaters die Erlangung des Kindes nicht als einen Erwerb von aussen erscheinen; denn als Abbild einer *legis (quasi) in rem actio* beruht sie darauf, dass der Vindicant das Recht, welches er in Anspruch nimmt, schon habe und es vom Prätor nur anerkannt und dadurch legalisirt werde. Die *mancipatio* würde eben aus dem Grunde, weil sie nach ihrer ganzen Bedeutung als eines imaginären Kaufs und nach den Worten *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra* einen sächlichen von aussen kommenden Erwerb bewirkt, unanwendbar seyn. c) Auch zur Ablösung des Sohnes von seinem natürlichen Vater ist die *in iure cessio* geeignet. Zwar könnte man dagegen folgenden Einwand machen: Als imaginäre Vindication, die zur Uebertragung eines Rechts gebraucht wird, setzt die *in iure cessio* nothwendig voraus, dass auf Seiten des Cedenten nicht blos ein das des Vindicanten nothwendig ausschliessendes Recht sey, sondern auch, dass der Cedent ganz dasselbe Recht habe, welches der andere erhalten soll, weil dem Begriff der Uebertragung zufolge nur dadurch des Uebertragenden Recht ausgeschlossen wird, dass es der andere erhält. Wenn nun Titius *mancipium* hat, Sempronius *patria potestas* in der *in iure cessio* behauptet, so kann man nicht behaupten, dass die Uebertragung der Natur der *in iure cessio* gemäss geschehn, mithin die *in iure cessio* gültig sey, indem ja das *mancipium* nicht auf Sempronius übergegangen und folglich nicht aufge-

löst ist. Dieser Einwand ist äusserst wichtig, er gibt den Schlüssel zu der gleich zu erklärenden zweyten Adoptionsform, aber hier trifft er nicht zu. Jenes Erforderniss aller Uebertragungen nähmlich, dass dasjenige, was beym Cedenten ist, bey dem Erwerber entstehen muss, bezieht sich nur auf den wahren Inhalt des zu übertragenden Rechts. Hat nun der Cedent das Recht, welches übertragen werden soll, materiell, so ist es gleichgültig, ob er es auch schon in derselben Form hat, welche beym Erwerber entstehn soll, weil eben jene Form, indem sie den übertragenen Inhalt erfasst und kleidet, die bisherige Form als ein für sich selbst nicht Bestehendes verschwinden macht; daher kann der Eigenthümer eines Grundstücks, obgleich er keinen *ususfructus* davon hat, doch den *ususfructus* gültig *in iure* cediren. Besteht dagegen das Recht des Cedenten blos in einer Form, von welcher Art z. B. die *manus* des *coemptionator fiduciarius* ist, so kann es allerdings nicht anders *in iure* cedirt werden, als wenn der andere ein Recht ganz in derselben Form behauptete, weil hier die Form einziger Inhalt des Rechts und folglich einziges Object der Uebertragung ist. Daher behaupteten z. B. die Römischen Juristen, dass der, welchem ein Sclav *ex nudo iure Quiritium* gehört, ihn ungültig manumittirt [43]) d. h. sein *ius Quiritium*

---

43) *Gai.* 1, 35. 167. *Ulp.* 1, 16. 3, 4. *Fragm. Dosith.* §. 11. Vgl. Göschen in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 3. Abh. VII. Nr. II. S. 247 flg. welcher jedoch den Grund der Sache nicht nachweist. — Warum aber kann der, *cuius et in bonis et ex iure Quiritium servus fuerat*, nachdem er *inter amicos* freygelassen, durch *iusta manumissio* den Sclaven zur vollen Freyheit bringen und folglich sein *nudum ius Quiritium* los werden? Der Grund ist derselbe, aus welchem der Vater seinen Sohn, an dem er sich das *mancipium* vorbehalten, in Adoption geben kann. Durch das blosse *manumittere inter amicos* nähmlich behält der Herr sich gleichsam sein civiles Recht am Sclaven noch vor (*Tacit. Ann.* 13, 27. *Quin et manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur poenitentiae aut novo beneficio locus. quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineri. Dispiceret quisque merita, tardeque concederet, quod datum non adimeretur. Plaut. Menaecchm.* V, 9 *v.* 85 — 88. — *Sed meliore est opus auspicio liber perpetuo ut siem*, sagt ein eben *inter amicos manumissus*), und wenn er nacher *iuste* freylässt, erfüllt er nur materiell seine angefangene Wohlthat. Es folgt also, dass wenn Jemand nur das bonitarische Eigenthum hatte und freyliess,

behält; denn auch die *manumissio* ist, wie die *in iure cessio*, eine imaginäre *quasi in rem legis actio*, welche die Freyheit übertragen soll, und so wie sie die Freyheit, obgleich diese der Form nach ein anderes Recht ist, als das Eigenthum des Herrn, dann wirklich gibt, wenn des Herrn Eigenthum zugleich ein materielles ist, so ist sie eben wegen der formellen Verschiedenheit von Freyheits- und Eigenthumsrechte nichtig, wenn des Herrn Eigenthum blos formell war. Dieses nun angewandt auf das *mancipium*, so werden wir sagen müssen: Der Vater, welcher sich das *mancipium* bey der Emancipation vorbehalten hat, kann allerdings gültig *patria potestas in iure* cediren; denn der Inhalt seines Rechts ist derselbe, wie der Inhalt des zu ertheilenden Rechts (*ius patrium*) und auf die Form kommt es folglich nicht an. Alle übrigen Personen dagegen, welche *mancipium* haben [44]), können es nicht anders durch *in iure cessio* los werden, als wenn der Empfänger auch wieder *mancipium* bekommen soll.

2. Der Vater hat sich ausbedungen, dass der Käufer dem Adoptivvater den Sohn übertrage. Da hier das *mancipium* des Käufers ohne *ius patrium* ist, so kann es nach dem, was so eben bemerkt worden, nicht durch *in iure cessio patriae potestatis* aufgelöst werden. Umgekehrt kann der Adoptivvater keine *patria potestas* erwerben, als wenn von seiner Seite die Handlung als *in iure cessio patriae potestatis* erscheint. Was bleibt also übrig? Offenbar muss eine solche Handlung ausfindig gemacht werden, welche auf Seiten des *mancipio accipiens* die Aufhebung des *mancipium* bewirkt und doch zugleich nicht das *mancipium* auf den Adoptivvater überträgt, sondern auf dessen Seite als eine *in iure cessio* die väterliche Gewalt erzeugt. Diese Handlung ist die *iure mancipatio*, welche so vorgenommen wurde: Der Adoptivvater sagte vor dem Prä-

---

nachher aber das *ius Quiritium* ankaufte, er dennoch nicht iteriren konnte. Denn er hatte es nicht als ein reservirtes. Daher heisst es bey *Ulp.* 3, 4. *fuit.*

44) Auch die, welche es *ex noxali causa* haben. Denn hinsichtlich des Persönlichen ist es bey ihnen eben so inhaltsleer, wie bey dem s. g. *pater fiduciarius* und den übrigen.

tor und in Gegenwart der fünf Zeugen sammt dem *libripens: Hunc ego hominem ex iure Quiritium filium meum esse aio*, setzte aber nicht hinzu: *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*, weil dadurch die Handlung auf seiner Seite ebenfalls zur Mancipation geworden und der Sohn naturwidrig sächlich erworben seyn würde. Der *mancipio accipiens* schwieg, und empfing das *rauduscululm* zugewogen, der Prätor aber addicirte den Sohn als solchen dem Vindicanten. Auf diese Weise war den juristischen Erfordernissen auf das aller subtilste genügt. *a*) nähmlich war die Handlung als *mancipatio* gültig, jedoch so, dass sie blos eine *venditio* enthielt und auf Seiten des Verkäufers als Mancipation wirkte, ohne zu gleicher Zeit auf Seiten des Adoptivvaters ein Kaufrecht zu Wege zu bringen — gerade so wie oben bey der *coemptio* das umgekehrte Verhältniss — Kauf ohne Verkauf — nachgewiesen ist. Denn für den *mancipans* sind alle Erfordernisse der Mancipation, welche dazu gehören seine *auctoritas* auszukaufen, vorgekommen: der Adoptivvater hat ein Recht in Anspruch genommen, welches das des Mancipanten in sich verschlingt, und dieser hat durch Annahme des imaginären Kaufgeldes in die Aufgebung seines Rechts eingewilligt. Auch kann man nicht einwenden, sein *mancipium* höre deshalb nicht auf, weil er keines auf den Adoptivvater übertrage. Denn man bemerke wohl den wichtigen Unterschied zwischen Mancipanten und Cedenten: der Mancipant, als Verkäufer, lässt deswegen sein Recht auf, weil er Geld empfangen hat, bey ihm ist es nicht nothwendig, dass das Recht des Empfängers dasselbe sey, wie das, welches er aufliess. Der Cedent dagegen überträgt deshalb sein Recht, weil der Vindicant von ihm als es schon habend angesehn wird, daher er nur, wenn das, was Inhalt seines Rechts war, bey dem Vindicanten entstanden ist, sein Recht aufgegeben hat. *b*) war auch die *in iure cessio* auf Seiten des Adoptivvaters gültig, jedoch so, dass sie ebenfalls nur für seinen Theil wirkte und daher nicht eigentlich *in iure cessio* genannt werden konnte. Er von seiner Seite nähmlich hatte wie gewöhnlich vindicirt und addicirt bekommen; die Addiction war aber auch gültig, weil

auf der Gegenseite zwar kein *in iure cedens* mit formellem Rechte vorhanden war, wohl aber — und das reicht, wie vorhin bewiesen, zu diesem Erwerbe hin — ein *in iure cedens* mit materiellem Rechte, nähmlich der natürliche Vater, welcher sein Kind zu dem Zwecke, dass es *iure* mancipirt werden soll, mancipirt hat. Uebrigens geht hieraus hervor, dass der Vater bey der *iure mancipatio* gegenwärtig seyn musste, weil bey der *in iure cessio* der Cedent nicht fehlen darf.

Zur Erläuterung dieses zusammengesetzten Acts diene nun noch ein Beyspiel, welches ebenfalls einen Beweis von der Rechtsweisheit der ältesten Römer liefert. Gellius, nachdem er aus Massurius Sabinus bemerkt, dass es an sich möglich aber nicht wohl zu gestatten sey, dass ein Freygelassener von einem Freygebornen adoptirt werde, fügt hinzu [45]): *Alioquin, si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest.* Wie ist dieses denkbar? Auch so, dass zwey Acte in einen verschmolzen wurden, indem nähmlich der Adoptivvater nur sagte: *hunc ego liberum ex iure Quiritium filiumque meum esse aio* und der Prätor, nachdem der Herr eingewilligt oder geschwiegen, addicirte. Damit war zugleich was Manumission und was Adoption erforderte, verrichtet. So konnte selbst der Herr seinen eigenen Sclaven adoptiren, wenn er ihn nähmlich *sub fiducia* Jemandem mancipirte und dann ihn *in iure* als seinen Sohn vindicirte. Mir ist es nicht unwahrscheinlich, dass was Cato über die Adoption des eigenen Sclaven geschrieben haben soll [46]), hierauf ging und nicht, wie man gewöhnlich annimmt [47]), auf die unfeyerliche Freylassung *per filii nuncu-*

45) *N. A.* 5, 19.

46) §. *ult. I. d. adoptt. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari.* Es heisst: *posse liberari;* also wenn man es nur recht anfängt.

47) *Theophil. ad* §. *ult. cit.* Savigny Hall. Litteraturzeit. v. 1806. Nr. 251. Col. 133. Dirksen, Versuche zur Kritik u. Ausleg. der Quellen des R. R. S. 85 flg. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 355. S. 527. Zimmern Rechtsgesch. §. 201. S. 739. — Hugo Rechtsgesch. S. 111. und 133 hat wenigstens die Nothwendigkeit erkannt, dass hier von einer *iusta libertas* die Rede seyn müsse, übrigens ist es irrig, wenn er eine *arrogatio* annimmt, wie F. A. Schilling Bemerk. über R. Rechtsgesch. S. 35 flg. mit Recht bemerkt hat.

*pationem*, die doch immer nicht eigentlich eine Adoption genannt werden konnte [48]).

Nachdem die Natur der *iure mancipatio* erkannt worden ist, wird es nun auch nicht schwierig seyn, den Grund einzusehn, warum diese Form der Adoption unbequemer war, als die andere. Zwar scheint auf den ersten Blick die andere Form deshalb umständlicher gewesen zu seyn, weil sie nach der dritten Mancipation noch zwey Acte, die Remancipation an den Vater und die *in iure cessio* an den Adoptivvater erforderte, während bey der *iure mancipatio* eine einzige nur wenig modificirte Mancipation nothwendig war. Allein forscht man der Sache weiter nach, so findet sich, dass zu der Form durch *iure mancipatio* noch eine Person mehr zugezogen werden musste, als man zu der andern nöthig hatte. Bey dieser andern konnten nähmlich alle fünf Acte, die drey Mancipationen, die Remancipation und die *in iure cessio* zwischen den beyden Vätern vorgenommen werden und man hatte nur fünf Zeugen und einen *libripens* zuzuziehn. Wählte man dagegen die Form der *iure mancipatio*, so war wenigstens für die dritte Mancipation noch eine andere Person nöthig, an welche der natürliche Vater mancipirte, damit sie dem Adoptivvater *iure* mancipirte. Gegen diese Beschwerlichkeit, noch eine zuverlässige Solennitätsperson mehr aufzutreiben, kann die Umständlichkeit, ein Paar Worte mehr auszusprechen, um so weniger gerechnet werden, als in der That die Zusammenschmelzung von Mancipation und *in iure cessio* in der *iure mancipatio* und die

48) Auf eine solche geht *Quintilian. Declam.* 340 u. 342. wo aber auch das Wort *adoptio* gar nicht vorkommt. Vgl. Schilling a. a. O. S. 37. Not. 57. — Konnte nicht der Herr geradezu sein Eigenthum am Sclaven in *patria potestas* am Freygelassenen verwandeln, indem er nähmlich sagte: *hunc ego liberum filiumque meum ex i. Q. esse aio*, und der Prätor addicirte? Nein, sondern diess bewirkte blosse prätorische Freyheit. Denn Niemand kann sich selbst etwas cediren. Eben so kann ein Grossvater zwar seinen Enkel, den er in der Gewalt hat, so als Sohn adoptiren, dass er ihn *sub fiducia* mancipirt und sich *iure* mancipiren lässt, aber nicht geradezu. — Eine Frau konnte unbedenklich auch von ihrem Ehemanne durch *mancipatio* und dabey ausbedungene *iure mancipatio* in Adoption gegeben werden, jedoch so, dass wenn der Vater sich den Rückfall der Tochter in seine *patria potestas* ausbedungen hatte (vgl. unten zu §. 137.), er bey der *iure mancipatio* gegenwärtig seyn und einwilligen musste. So ist zu berichtigen, was Böcking *de mancipii caus. p.* 76 *sq.* sagt.

Nothwendigkeit, das *pactum fiduciae* in der dritten Mancipation zu verändern, auch im Formellen die Unbequemlichkeit der Remancipation aufwägen. Gewiss war auch die *iure mancipatio* selten. Zwey Stellen, welche uns ausser Gaius über die Form der *datio in adoptionem* unterrichten, gehn wenigstens mit grösserer Wahrscheinlichkeit auf die andere Form. *Gell. N. A.* 5, 19. *Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur.* Hier wird geradezu die *in iure cessio* des natürlichen Vaters erwähnt. Indessen ist der Ausdruck *tertia mancipatione* merkwürdig. Man kann ihn theils so verstehn, dass Gellius nur die beyden Momente der *datio in adoptionem:* Losmachung des Kindes von der *potestas* des natürlichen Vaters, welche durch die dritte Mancipation, und Uebertragung in die *potestas* des Adoptivvaters, welche durch die *in iure cessio* geschieht, habe bezeichnen wollen; — in diesem Falle ginge die Stelle zunächst blos auf die Form durch *remancipatio* — theils so, dass er daran gedacht, dass bey der Form der *iure mancipatio* der natürliche Vater, indem er das Kind mit der Bedingung *iure* weiter zu mancipiren, mancipirt, in derselben Handlung zugleich dem unmittelbar darauf vindicirenden Adoptivvater *in iure* cedirt. Beyde Deutungen liegen so natürlich in den Worten, dass man sagen kann, Gellius habe auf eine künstliche Weise beyde Adoptionsformen mit jenem kurzen Satze bezeichnen wollen. — *Sueton. Octav.* 64. *Gaium et Lucium adoptavit domi per assem et libram emptos a patre Agrippa.* Indem gesagt wird, Augustus habe den Gaius und Lucius von ihrem Vater imaginär gekauft — in den drey ersten Mancipationen nähmlich — liegt darin die Andeutung, dass der ganze Act nur unter ihm und Agrippa vorgegangen und folglich in der Form der Remancipation und *in iure cessio* verrichtet sey. *Domi* geschah es, weil Augustus selbst *imperium* hatte und bey ihm *legis actio* statt fand[48*]).

---

48*) Zwey andere Stellen *Cic. de fin.* I, 7. und *L. ult. C. de adoptt.* lassen keine genauere Deutung auf die eine oder andere Adoptionsform zu.

Was endlich den Nahmen *iure mancipare* betrifft, so ist vor Allem zu bemerken, dass *mancipare* — im Gegensatz des *mancipio accipere* — die Handlung dessen, welcher veräussert, ausdrückt. Dass nun diese in unserm Falle eine Mancipation war und man nicht sagen könne, der dritte *mancipio accipiens* habe *in iure* cedirt, ist vorhin weitläuftig gezeigt worden. Das Hauptwort dieses zusammengesetzten Acts konnte daher nur *mancipare* — nicht etwa (*mancipando*) *in iure cedere* — seyn. In wiefern drückt nun aber *iure mancipare* das Eigenthümliche dieser Art der Mancipation aus? Man könnte zuerst daran zu denken geneigt seyn, *ius* heisse die Gerichtsstätte vor dem Prätor und folglich *iure mancipare* s. v. a. *in iure mancipare* [49]). Allein diese Deutung muss deshalb verworfen werden, weil in diesem Sinne immer *in ius* oder *in iure* steht, wie es auch die Natur einer Ortsbezeichnung mit sich bringt [50]). *Iure* schlechthin heisst vielmehr überall mit Recht, nach dem Rechte, dem Recht gemäss. Dieser Begriff muss aber hier, wie ich glaube, so aufgefasst werden, dass *iure mancipare* so viel heisst, als so mancipiren, wie es die Zustandebringung des bestimmten rechtlichen Erfolges unter den gegebenen Verhältnissen erfordert. Denn, wenn sich der Vater bey der dritten Mancipation blos ausbedänge, dass der, welcher *mancipio accipit*, eine Mancipation schlechthin an den Adoptivvater vornehmen sollte, so wäre diese Mancipation keine das Recht erfüllende, und folglich keine nach dem Recht eintretende. Daher liegt in dem Ausdruck *iure mancipare* keine unmittelbare sondern nur eine mittelbare Hindeutung auf die abweichende Form der Mancipation und es könnte auch noch eine andere Form derselben so bezeichnet werden, wenn diese unter andern Umständen rechtlich nothwendig wäre, wie z. B. das *iure iudicare* ein anderes ist, wenn von der Processart der *legis actiones* (*Gell.* 20, 1.), ein anderes, wenn von dem Verfahren durch *verba concepta* die Rede ist (*Lex Rubria* c. 20. 21.). In gar keiner Verbindung mit unserm Sinne des Aus-

49) Vgl. Zimmern Rechtsgesch. Bd. I. §. 221. S. 811.
50) Vgl. *Brisson. de V. S. v. ius nr.* 13.

drucks *iure mancipare* steht *L. 7. C. Th. de donation.* wo es am Schlusse heisst: *in omnibus deinceps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma iudicetur, si iure mancipatio et traditio non fuerit impleta.* Denn hier gehört *iure* zu dem Folgenden überhaupt und das rechtliche Erforderniss ist, dass überhaupt Mancipation und Tradition angewandt werde, nicht aber eine bestimmte Form der Mancipation. Eher könnte man geneigt seyn *L. 25. pr. de adoptt.* hieher zu beziehn, wo Ulpian sagt: *Post mortem filiae suae, quae ut materfamilias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.* Denn hier scheint der Anwesenheit der Zeugen ein anderes Erforderniss der Emancipation entgegengesetzt zu werden. Allein, da bey der Emancipation das *iure mancipare* gar nicht vorkommt, so ist von selbst klar, dass sich das Wörtchen *iure* auf alle andere Erfordernisse ausser den Zeugen, z. B. die Remancipation, Manumission, gehöriges Sprechen der Mancipationsworte u. s. w. bezieht [51]).

## *Comm.* I. §. 137.

Dieser Paragraph handelt von der Auflösung der *manus*, ist aber im Anfange so lückenhaft, dass daselbst blos die Worte

*in manu esse et vel* — 4 stell. — *mancipationem*

im Text stehn. Schon Göschen hat indessen vermuthet, dass gegen Ende der Zeile 20, in welcher *mancipationem* steht, nach den Zügen der Handschrift zu lesen seyn möchte: *sui iuris efficiuntur.* Ich bin geneigt, noch etwas weiter zu gehn und folgende Worte wiederherzustellen:

*desinunt in manu esse et vel (cum) ex remancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur* — —

Göschen erblickte ungefähr um drey bis vier Buchstaben-

51) Von den Neuern haben über die *iure mancipatio*, jedoch ungenügend, gehandelt: Hugo Rechtsgesch. S. 132. (10te Ausg.) Gans Scholien zum Gaius S. 174 flg. Böcking *D. de mancipii caus. p.* 68 *sq.* wo sich auch eine, aber sehr unglückliche Restitution der Stelle des Gaius findet.

stellen vor den Zeichen, welche Blume für *in manu esse* erkannte, die Züge: *d**in*, worin sich sehr wohl der Anfang des Worts *desinunt* erkennen lässt; auch stimmen die von Blume vor *in manu* bemerkten Zeichen mit dem Schlusse des Worts *desinunt* ziemlich überein. Nach *in manu esse* las Blume: *et ŭ ex*|* * *mancipationem nac *** naruerint* und darauf die Zeichen, woraus Göschen schon *sui iuris efficiuntur* gemacht hat. Ich fülle nun die Lücke nach *ex* mit *re* aus, ziehe das *m* am Ende von *mancipationem* zum Folgenden, wo unmittelbar ein *a* unsichtbar geworden zu seyn scheint, und lese das folgende Wort zusammen *manumissae*, was besonders, wenn man die Göschensche Relation über diese Stelle vergleicht, nicht zu kühn scheinen wird; das nun folgende *fuerint* steht fast ganz so in der Abschrift aus dem Codex. Da nun aber dieses *fuerint* durch eine Partikel regirt werden muss, so glaube ich, dass *cum* an dem bezeichneten Orte ausgefallen sey. Der Sinn, den wir nun gewinnen, ist dieser: Frauen, welche in der *manus* stehn, hören durch Remancipation auf in der *manus* zu stehn (Gaius mochte geschrieben haben: *Eae quae in manu sunt*, (vgl. §. 138. und 129.) *remancipatione desinunt in manu esse*) und werden entweder, wenn sie aus dem Mancipium manumittirt werden, *sui iuris*. — Was folgte nun aber für ein Oder? Man könnte vermuthen, Gaius hätte erwähnt, dass mitunter auch die Ehemänner, wie die Väter bey der Emancipation, sich die Remancipation vorbehalten hätten, um selbst die Manumission aus dem *mancipium* vorzunehmen und sich die *iura quasi patronatus* zu sichern. Allein dieses ist theils deshalb nicht wahrscheinlich, weil dieser Fall, indem er ebenfalls auf ein *sui iuris effici* hinausläuft, zu dem ersten Falle keinen rechten Gegensatz bildet (es hätte vielmehr alsdann hier heissen müssen *statim sui iuris efficiuntur*), theils kann man auch nicht annehmen, dass der Ehemann überhaupt zu einem ähnlichen Vorbehalt berechtigt gewesen sey, wie der Vater. Denn wenn die Frau durch Scheidung den Mann selbst zur Aufhebung der *manus* zwingen kann, so muss sie auch das aus der *manus* entstandene *mancipium*

jederzeit auflösen können. Daher würde man wenigstens nicht behaupten können, dass die Manumission der Frau von Seiten des Mannes aus einem vorbehaltenen Mancipium dem Manne irgend bessere Rechte geben würde, als sie ein dritter *manumissor ex mancipio* auch hat. Ich glaube vielmehr, dass Gaius ungefähr so fortgefahren hat: *vel cum patri suo, cuius de potestate in manum mariti conveniendo exierant, iure remancipatae fuerint, in patriam potestatem revertuntur.* Der Vater konnte sich bey der Emancipation der Tochter ausbedingen, dass sie ihm remancipirt würde, wodurch er sich sein väterliches Recht in Form des *mancipium* vorbehielt. Sollte er nun nicht auch bey Ertheilung der *auctoritas* zur *in manum conventio* auf ähnliche Weise gegen den Mann sich haben sichern können, dass dieser, wenn er die Frau aus der Manus entliesse, ihm sein väterliches Recht wieder herstellen sollte? Man muss dieses um so eher annehmen, als die *manus* ursprünglich eine blosse civilrechtliche Folge der Ehe, die Ehe aber nur eine sich von selbst verstehende volle Ausbildung der Persönlichkeit der Tochter war, daher diese Aufhebung der väterlichen Gewalt gar nicht absichtlich, um die Tochter aufzugeben, erfolgte. Man kann hinzufügen, dass zwar so lange die Ehe dauerte die Auflösung auch eine materielle war, indem nun die eheherrliche Gewalt die des Vaters ersetzte; wurde aber die Ehe getrennt, so war die Tochter gewissermassen nur der Form nach aus des Vaters Gewalt herausgetreten, und dieser konnte sich sicher auf den Fall der Auflösung der Ehe wegen seines väterlichen Rechts etwas ausbedingen. Eine sehr deutliche Bestätigung dieser Ansicht findet sich in der Verordnung der *lex Iulia de adulteriis*, welche dem Vater, der seine Tochter auf dem Ehebruch ertappte, nicht nur wenn er die väterliche Gewalt hatte, sondern auch wenn die Tochter *auctore eo in manum convenerat*, das Recht seine Tochter sammt dem Ehebrecher zu tödten ertheilte [52]), denn durch den Ehebruch ist die Ehe von selbst so gut wie aufgelöst, da der Mann selbst nicht ohne Verbrechen seine

---

52) *Collat.* 4, 2 und 7.

Frau behalten kann. Hinsichtlich der Art des vorzubehaltenden Rechts unterschied sich aber dieser Fall von dem der Emancipation dadurch, dass die Tochter beym Ehemanne ebenfalls vermöge eines natürlichen Verhältnisses im eheherrlichen Rechte und daher auch *filiae loco* war. Deshalb konnte der Ehemann unbedenklich auf ähnliche Weise seine Frau mit ausbedungener *iure mancipatio* an den vindicirenden Vater mancipiren, als dieses dem natürlichen Vater bey der *in adoptionem datio* seiner Tochter freystand. Ich vermuthe selbst, dass diese Verträge wegen der Person der Tochter meistens zugleich vorkamen, wenn der Vater bey einer mit *manus* verbundenen Ehe sich für den Fall der Scheidung den Rückfall der *dos* ausbedungen hatte. Denn da die Person der Tochter und das ihr mitgegebene Vermögen (*res uxoria*) überall in genauster Verbindung mit einander stehn, wie sollte nicht der Vater mit seinem Gute auch die Tochter sich in sein voriges Recht zurück ausbedungen haben? Eine Redadoption konnte man diesen Act übrigens nicht nennen, weil eigentlich nicht eine neue väterliche Gewalt wieder erzeugt, sondern nur eine unterbrochene wieder fortgesetzt wurde.

Wollten sich Ehegatten auf die Weise trennen, dass die Frau sofort in eines andern Ehemannes *manus* käme, so ging dieses ohne Zweifel ebenfalls an, nur dass auch hier der Vater der Frau, wenn er sich den Rückerwerb der Tochter in die väterliche Gewalt ausbeduugen hatte, einwilligen musste[53]). Der Ehemann brauchte nähmlich die Frau nur Jemandem zu mancipiren, von dem sie dann der neue Ehemann in der Art imaginär kaufte, dass er ausser den gewöhnlichen Coemptionsfeyerlichkeiten auch noch dem *mancipio accipiens* zur Auskaufung seines *mancipii* ein As zuwägen liess. Hier war denn die *iure mancipatio* eine mit *coemptio* verbundene. Eben so konnte auch die *in manum conventio usu* abgewartet werden; dagegen eine blosse *in iure cessio*, an welche die meisten Schriftsteller denken, war hier eben so wenig

53) So meinte auch der jüngere Cato, als er selbst seine Frau dem Hortensius abtrat. *Plutarch. Cat. min.* 25.

möglich, wie die Adoption durch blossen fingirten Process über die väterliche Gewalt zu Stande gebracht werden kann [54]).

### *Comm.* I. §. 139.

*Ac ne numerus quidem legis Furiae Caniniae finitus in his personis locum habet.*

Damit nicht Jemand glaube, man müsse *lege Furia Caninia* emendiren, füge ich einige Stellen bey, wo diese allerdings auffallende Construction ebenfalls vorkommt. Pomponius *L.* 19. *de V. O.* sagt: *Si stipulatio facta fuerit, Si culpa tua divortium factum fuerit dari? nulla stipulatio est: quia contenti esse debemus poenis Legum comprehensis.* So wenigstens steht in der Florentiner Handschrift und ursprünglich auch im *Vaticanus I.* Andere Handschriften haben verschieden emendirt [55]). Eben so hat in *L.* 9. *C. Th. de incest. nupt.* der *Cod. Tilianus: — designato quidem legis supplicio, hoc est, ignium et proscriptionis, careat etc.* wo die Herausgeber *lege* gesetzt haben. Man vgl. auch *L.* 57. *in fin. D. ad SC. Trebell.*

### *Comm.* I. §. 152.

*Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus.* — Hier ist *ac* allerdings überflüssig; aber die Römer scheinen so gesagt zu haben. *Apulei. Metamorph. lib.* I. *p.* 20. *ed. Oudend. Et tamen Athenis proximo ante Poecilem porticum isto gemino obtutu circulatorem aspexi etc.* Hier haben alle Handschriften und älteste Drucke *proximo* (oder *proxime*) *et ante Poecilem*, und vergleicht man damit unsere Stelle, so haben die neuern Herausgeber, die *et* wegliessen, schwerlich recht gethan. Auch lässt sich *et ante*, *ac supra* sehr wohl so erklären, dass es zu *proxime*, welches an sich nur eine Nähe anzeigt, die Art dieser Nähe hinzufügen soll, auf folgende Weise: dicht und zwar vor dem Säulengange, kurz und zwar zuvor u. s. w.

---

54) Ueber die im Alterthum erwähnten Abtretungen von Frauen vgl. *Heinecc. ad Brisson. de V. S. v. mancipium* §. 2.

55) Vgl. Beecmann und Gebauer zu dieser Stelle.

*Comm.* I. §. 162.

Hier nennt Gaius unter denen, welche eine *minima capitis deminutio* erleiden, auch

> *qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur, aut manumittatur, totiens capite diminuatur.*

An diesem von Göschen herausgegebenen Texte nimmt Klenze Anstoss, weil (wendet er ein) *sola manumissione aliquem capite minui, neque usquam edocemur, neque id fieri potuisse arbitror.* Da nun für *aut manumittatur* die Handschrift ausser der erforderlichen Zahl von Buchstabenstellen blos das *a* im Anfang und die Endsylbe *tur* hat, so schlägt er vor zu lesen: *aut manumissus in potestatem revertitur.*

Es ist nicht meine Absicht bey dieser zufälligen Veranlassung die ganze Lehre von der noch so sehr im Argen liegenden *minima capitis deminutio* abzuhandeln. Doch müssen wir wenigstens das Princip derselben darstellen, um die hier streitige Stelle beurtheilen zu können. *Minima capitis deminutio est cum status hominis commutatur*, sagt Gaius. Sie setzt also dreyerley voraus, dass Jemand einen *status* d. h. einen rechtlichen Zustand oder ein *caput* habe, dass dieses *caput* das des Menschen schlechthin d. h. des Menschen als Einzelnen im Gegensatz des *civis* sey, mithin das *caput hominis privati*, oder die *familia* (*L. ult. de cap. min.*) und dass dieses *caput* ihm genommen werde. Erleidet hiernach derjenige, *qui e mancipio manumittitur*, eine *minima capitis deminutio?* Das ist zu läugnen, aus folgenden Gründen. Der Privatmensch oder der Mensch, insofern er *familia* hat, besteht, wie schon anderwärts gesagt ist, in der dreyfaltigen individuellen Stellung seiner generischen Einheit, dem *paterfamilias*, der *materfamilias* und *filiusfamilias* (in der ursprünglichen Bedeutung aller dieser Worte). Nur diese drey Personen haben *familia* (*sunt familius*) und können um ihr *caput* in der Familie deminuirt werden, wodurch der *pater-*(*mater*)*familias* ihre gegenwärtige Familienfreyheit, die *materfamilias* im alten Sinne des Worts und der *filiusfamilias* ihre durch das Vorhandenseyn des *paterfamilias* jetzt noch

verdeckte Familienfreyheit verliehren. Diese Personen werden aber auch nothwendig *capite* deminuirt, sobald sie von einer andern Familie ergriffen werden, einerléy wie der Zustand, in den sie kommen, beschaffen seyn mag. Was dagegen den, *qui in mancipio est*, betrifft, so hat er gar keinen *status hominis*, ist nicht *familias* und kann daher auch keine *minima capitis deminutio* erleiden. Denn obgleich er hinsichtlich der allgemeinen und Staatsfreyheit frey ist, so steht er doch hinsichtlich der Familie durchaus dem Sclaven frey und es gilt von ihm in Betreff der *minima capitis deminutio* ganz dasselbe, was vom Sclaven in §. 4. *I. de cap. demin.* allgemein gesagt wird: *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

Hieraus ist nun offenbar, dass wenn die aufgenommene Lesart so viel heissen soll, der Sohn werde nicht nur durch jede Mancipation, sondern auch durch jede Manumission *capite* deminuirt, sie verworfen werden muss. Kaum aber lässt sich die Verbindung mit *aut* anders verstehn, wenn auch mitunter disjunctive Partikeln statt conjunctiver stehn (vgl. *Gai.* 3, 148.) und die Mancipation mit der dazu gehörigen Manumission natürlich als Ein Act angesehn werden muss. Erkennen wir demnach die Nothwendigkeit einer Aenderung mit Klenze an, so sehe ich doch nicht ein, was mit der von ihm vorgeschlagenen *aut manumissus in potestatem revertitur*, für die ohnehin kein Raum in der Handschrift ist, gewonnen wird. Denn es bleibt ja dieselbe Schwierigkeit, dass das Austreten aus dem *mancipium* keine *cap. deminutio* begründet. Sehr leicht ist dagegen geholfen, wenn wir lesen: *ac manumittatur*, was auch der vorhergehenden conjunctiven Partikel in *quique* besser entspricht [56]). Alsdann ist wirklich auch den Worten nach die Manumission nur als eine nachfolgende und nur die nächste Mancipation wieder möglich machende Handlung hinzugefügt.

---

56) Ich finde diese Emendation auch schon bey *Deiters de civil. cognat. p. 41. not.* 102.

Comm. I. §. 163.

*Nec solum maioribus diminutionibus ius agnationis corrumpitur, sed etiam minima. et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit* — 13 stell. — *neuter alteri agnationis iure coniunctus esse poterit.*

Die gesperrt gedruckten Worte hat Göschen frey restituirt, indem in der Handschrift gar keine bestimmten Züge, sondern nur Stellen für etwa 10 bis 11 Buchstaben sichtbar sind. Dass aber die Restitution unbequem ist, wird jeder leicht fühlen, der bedenkt, dass theils das Futurum *poterit* für ein sofort eintretendes Ereigniss nicht passt, theils das, was so gesagt wird, weniger eine Folge, wie sie doch *ideo* anzeigt, als ein Beyspiel zu dem vorausgeschickten allgemeinen Satze seyn würde. Auch möchte sich bey dieser Restitution für die noch bleibende Lücke nach *emancipaverit* kaum etwas Beyfallswürdiges auffinden lassen. Denn was Klenze und schon vor ihm Brinkmann vorschlägt *alterum* (*in potestate*) *retinuerit* ist nicht nur überflüssig, sondern auch von den Zeichen der Handschrift völlig abweichend, Diese sehn so aus: ein langer abwärtsgehender Strich, der mit dem darauf folgenden Sternchen auf ein *p* hindeutet, dann *uioo* (oder *b*) *üü* | *üus*. Gestützt auf diese Beschaffenheit der Handschrift glaube ich unbezweifelt die richtige Lesart zu treffen, wenn ich so schreibe:

*et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit, p'* (*post*) *mortem eius neuter alteri agnationis iure tutor esse poterit.*

So erhält *ideo* sowohl, als das Futurum *poterit* einen passenden Sinn. Denn nun erscheint der Satz als eine wirkliche Folgerung und das, was er ausspricht, kann erst in Zukunft nach dem Tode des Vaters möglicher Weise zur Frage kommen, weil ein *filiusfamilias* weder unter Tutel stehn noch eine *legitima tutela* haben kann. Auch führt nun der Paragraph auf eine schickliche Weise von der Episode über die *capitis deminutio* zu der ursprünglichen Materie der *legitima agnatorum tutela* wieder zurück. Gleich die folgenden Worte sind nähmlich: *Cum autem ad agnatos tutela pertinet, non simul ad omnes pertinet, set ad eos tantum, qui proximo gradu sunt.*

*Comm.* I. §. 167.

*Sed Latinarum et Latinorum impuberum* — 22 stell. — *ad* — 27 stell. — *pertinet*, *sed ad eos*, *quorum ante manumissionem ex iure Quiritium fuerunt. unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit*, *in bonis mea*, *a me quidem solo*, *non etiam a te*, *manumissa*, *Latina fieri potest*, *et bona eius ad me pertinent* — 4 stell. — *tutela tibi competit: nam ita lege Iunia cavetur. itaque si ab eo*, *cuius et in bonis et ex iure Quiritium* * *ancilla fuerit, facta sit Latina*, *ad eundem et bona et tutela pertinet.*

Ich schlage vor, diesen Paragraphen lückenfrey also zu lesen:

*Sed Latinarum et Latinorum impuberum tute | la non ut bona eoru.* (*eorum*) *ad eos utiq.* (*utique*) *qui eos manu | miserunt*, *pertinet*, *sed ad eos*, *quorum ante manumissionem ex iure Quiritium fuerunt. unde si etc.* -- — *et bona eius ad me pertinent; set eius tutelă tibi competit etc. etc.*

*tutela non ut bona eorum*] Die vier ersten Buchstaben des ersten Worts gehören an das Ende der Zeile 11 und haben in der Handschrift überall nicht erkannt werden können. Die Beschreibung der folgenden Zeile bis *ad* würde ich gern hersetzen, wenn sie nicht beym Mangel der erforderlichen Typen gar zu unähnlich ausfallen würde. Indem ich also auf die Göschensche Ausgabe verweise, bemerke ich blos, dass die Züge für *la* und nachher für *bona* ganz entsprechen und die übrigen ohne Schwierigkeit, so wie geschehn, gedeutet werden können. Eben so auch in der folgenden Lücke nach *ad.*

*eos utique qui eos manumiserunt*] wo *utique* abgekürzt, *qui* und nachher *manumiserunt* in der Beschreibung der Züge der Handschrift leicht wiedererkannt werden; hart scheint *eos* wo Blume hat: *ma* allein *a* und *s* sind überhaupt ähnlich und das *m* der Handschrift, wo es aus zwey unten offenen Halbmonden besteht, von *eo* schwer zu unterscheiden.

Wie sehr passend dem Sinne nach unsere Restitution sey, wird jeder leicht einsehn, der den Zusammenhang ver-

gleicht. Gaius war §. 165. zu der *legitima patronorum tutela* übergegangen und hatte bemerkt, dass diese zwar nicht ausdrücklich in den zwölf Tafeln eingeführt sey; allein weil dasselbe Gesetz den Patronen die Erbschaft ihrer Freygelassenen deferirt habe und überall im Recht *tutela legitima* und *hereditas legitima* denselben Personen zustände, so hätten die Alten geglaubt, auch die Tutel den Patronen nach dem Gesetze zuerkennen zu müssen. Im folgenden §. 166. war dann blos bemerkt, dass nach dem Beyspiel der *legitima patronorum tutela* die *fiduciaria* der *manumissores e mancipio* eingeführt sey. Nun bemerkt Gaius, dass bey einer Art von Freygelassenen doch nicht immer Beerbung derselben und Tutel über sie Hand in Hand gingen, nähmlich bey den Latinen. Nach diesem Zusammenhange und nach dem Beyspiele, welches Gaius darauf folgen lässt, ist es offenbar, dass im Anfange des Paragraphen schon auf die *bona Latinorum* Rücksicht genommen werden musste. Weder dieser Anforderung des Zusammenhanges noch den Zügen der Handschrift entspricht die von Klenze vorgeschlagene Ausfüllung: *tutela legitima patronorum non ad manumissores, quorum antea in bonis fuerunt.*

*set eius*.] Diese Ausfüllung ist dem Sinne nach die einzig angemessene. Auch entspricht sie vollkommen der Zahl und Gestalt der Zeichen in der Göschenschen Relation über die Handschrift, zumal wenn man annimmt, dass das *s* nicht gekrümmt, sondern mit einem geraden oben rechts auslaufenden Strich geschrieben sey. Blume gibt sonderbarer Weise statt acht, wie Göschen, nur vier Buchstaben für diese Lücke an, was auf ein Versehn bey dem einen oder andern Beschreibung schliessen lässt. Indessen passt auch zu der letztern Angabe unsere Restitution, wenn man annimmt, dass *sed* abbreviirt geschrieben sey.

*ex iure Quiritium * ancilla*] Das Sternchen würde ich ganz aus dem Text weglassen. Offenbar hat der Abschreiber, welcher ein überstrichenes *q* in seinem Codex vorfand, diese Sigle unverständiger Weise in *que* aufgelöst.

*et bona et tutela pertinet*] Natürlicher wäre *pertinent*. Indessen ist ersteres nicht falsch. (Vgl. Virgil. Aen. I, 553. Su-

*viis et rege recepto*) und hier um so weniger störend, da *bona* ein Collectivbegriff s. v. a. *patrimonium*, *res* ist.

Comm. I. §. 175.

*Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui in* — 3 stell. — *sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione legitimam tutelam nanctus est.* —

Für die Lücke gibt Göschen folgende Zeichen an: *ioi?* | *ip*** von denen aber das erste und dritte zweifelhaft und das *o* vielleicht auch ein *u* sey. Er selbst schlägt vor zu lesen: *qui in m̄ c* | *i p a t. sibique* d. i. *qui in mancipatam sibique.* Allein *que* steht in der Handschrift nicht, die auch für *mancipatam et*, was Klenze muthmasst, keinen Platz hat. Man lese vielmehr:

*qui in e m̄ c* | *i p i o* (*mancipio*) *sibi remancipatam etc.*

welches den Zeichen durchaus entspricht. Die Trennung des *in* von dem Worte, welches es regirt, wird nicht auffallen. Es genüge einige ganz gleiche Beyspiele anzuführen. Bekannt ist die Ueberschrift des Codextitels 5, 13. *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.* Eben so Paullus *L.* 9. *de evictt.* — *sed in ex empto actione decurrendum est.* Die Neuern würden freylich, wenigstens vor Hugo, gesetzt haben: *in remancipatam e mancipio*, *in actionem ex empto* u. s. w. Gaius selbst sagt unten 2, 206. *in per damnationem quidem legato.*

Comm. I. §. 184.

— *nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore* — 9 stell. — *actio perageretur.* —

In der Lücke vermuthe ich *illa legis*, welches nicht blos der Zahl und Gestalt der Zeichen, sondern auch dem Sinne nach passt.

Comm. I. §. 195.

— *Item si patronus* — 14 stell. — *in adoptionem se dedit, debet sibi e lege Atilia vel Titia tutorem petere. Si-*

*militer ex iisdem legibus petere debet tutorem liberta si patronus decedit, nec ullum virilis sexus liberorum in familia relinquit.*

In der Lücke gibt Göschen ungefähr folgende Beschreibung der Handschrift: *si *** ic **** ias.* Cramer[57]) macht daraus: *desinit esse quia is*, was zwar dem Sinne entspricht, aber die Zeichen augenscheinlich gegen sich hat. Dirksen[58]) versucht: *sui iuris constitutus*, wovon gerade das Gegentheil gilt. Denn es ist den Zeichen ziemlich ähnlich — nur etwas zu umfänglich; kann aber unmöglich richtig seyn, weil es sich über die Massen von selbst versteht, dass Niemand als wer *sui iuris* ist, sich in Adoption geben, ja selbst Patron eines Freygelassenen seyn kann. Meiner Meinung nach ist unbedenklich zu restituiren: *sive filius eius*, welches auch dem Sinne und Zusammenhange nach trefflich passt. Wollte Gaius die Fälle, in denen die Freygelassene einen *alterius generis tutorem* haben kann, einiger Massen genau angeben, so musste er nicht blos den Fall erwähnen, wo der Patron selbst sich arrogiren lässt, sondern auch den, wo nach dem Tode des Patrons dessen Sohn sich in Adoption begibt.

---

## *Commentarius* II.

### *Comm.* II. §. 20.

*Itaque si tibi vestem, vel aurum, vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, qua fit* — 29 *stell.* —.

Die ersten acht Zeichen beschreibt Blume so: *ear s**** Die übrigen sind völlig unerkennbar. Klenze hat nun den Text so ergänzt: *qua fit earum rerum alienatio, sine dubio transferuntur*, wobey er sich ausser auf die Aehnlichkeit der Schriftzüge auf den Schluss von § 40. *l. de rer. divis.* beruft, der so lautet: *Itaque stipendiaria quoque*

57) In *Brinkmann Not. subitan. ad Gai. p.* 14.
58) Versuche u. s. w. S. 118.

*et tributaria praedia eodem modo alienantur. vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt; inter quae nec non et Italica praedia ex nostra constitutione nulla est differentia. sed siquidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.* Allein was die Schriftzüge betrifft, so lehrt der Augenschein, dass der in der Handschrift gelassene Raum für diese Ergänzung zu klein ist; dass aber auch die citirte Institutionenstelle nicht aus der unsrigen entlehnt seyn kann, folgt aus mehrern Umständen. Erstens ist das unmittelbar Vorhergehende offenbar nicht aus Gaius Institutionen sondern aus dessen *res quotidianae* entnommen, wie die Vergleichung mit *L.* 9. §. 3. *de A. R. D.* zeigt. Auch handelt Gaius in den Institutionen erst im nächsten Paragraphen von den Provincialgrundstücken. Ferner passt das Erhaltene in unserm Paragraphen nicht zu der Institutionenstelle; denn in dieser steht als Beyspiel *ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa;* hier dagegen *sive ex venditionis causa, sive ex donationis etc.* Warum hätte Iustinian dieses ändern sollen? Auch heisst es dort allgemein *tradantur*, wozu das unbestimmte *sine dubio transferuntur* ebenfalls passt; hier dagegen *si tibi tradidero*, welches ebenfalls wieder eine Anrede der zweyten Person im Nachsatze fordert. Endlich scheint mir der Ausdruck *qua fit earum rerum alienatio* sehr anstössig. Theils geschieht überhaupt durch eine blosse *causa* keine Veräusserung, sondern höchstens *ex causa* (durch eine Erwerbart), theils sieht man nicht, in wiefern blos für die genannten Sachen (*earum rerum*) ein Veräusserungsgrund in Anspruch genommen wird, da doch auch die *res mancipi* aus denselben *iustis causis* veräussert werden. Alle diese Gründe reichen gewiss hin, jenen Ergänzungsversuch als verwerflich zu erweisen.

Mein Vorschlag geht dahin, mit Veränderung eines einzigen Buchstabens folgendermassen zu ergänzen.

*Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, tua fit ea res sine ulla iuris solennitate.*

Nur einige Worte zur Rechtfertigung.

*tua fit*] Das *qua* muss auf jeden Fall falsch seyn, weil theils eine solche nähere Bestimmung der *iustae causae* (*ex quibus dominium transferri solet*) ungewöhnlich ist, theils wenn dieses der Fortgang des Gedankens hätte seyn sollen, es *ex qua* hätte heissen müssen und ein weit grösserer Raum für die Beendigung des Satzes erforderlich gewesen wäre.

*ea res*] Diese Worte stehn deutlich in der Handschrift.

*sine ulla iuris solennitate*] Der Anfang von *sine* erscheint ebenfalls deutlich in der Göschenschen Beschreibung dieser Stelle, nähmlich in den Zügen *sio* (*n* und *o* sind sehr ähnlich in der Handschr. des Gaius), welche Blume nicht mehr erkennen konnte. Das Uebrige füllt genau die vorhandene Lücke aus. Wie angemessen aber die Ausfüllung dem Sinne nach sey, wird jeder fühlen, da es hier gerade darauf ankam, die Differenz der ganz formlosen Tradition im Gegensatz der Mancipation hervorzuheben. Der Ausdruck *iuris solennitas* ist der gewöhnliche zur Bezeichnung der Mancipationsförmlichkeiten, nahmentlich bey Testamenten. Vergl. die Stellen bey *Brisson. de V. S. v. Solennitas* §. 1. und *v. Solenne.* Besonders wichtig ist aber *Boëth. in Cic. Top. lib.* III. *ad c.* 5., wo er eben mit Berufung auf Gaius den Unterschied der Veräusserung der *res mancipi* und *nec mancipi* auseinandersetzt: *Mancipi res appellabant, quae ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexus fieret solennitatem. Nexus vero est quaedam iuris solennitas, quae fiebat eo modo, quo in Institutionibus Gaius exponit.* Und kurz nachher: *At si ea res, quae mancipi est, nulla solennitate interposita tradatur, abalienari non poterit, nisi ab eo, cui traditur, usucapiatur.* Ulpian, welcher fast überall die Sätze des Gaius in sein Werkchen aufgenommen und nur kürzer gefasst hat, sagt statt *sine ulla iuris solennitate* 19, 7. blos: *Harum rerum dominia ipsa traditione apprehendimus etc.*

## *Comm.* II. §. 25.

Gaius hatte kurz vorher gesagt, dass eben so, wie durch *mancipatio* auch durch *in iure cessio* die *res mancipi* veräussert werden konnten. Nachdem er diese beschrieben,

fährt er nun in diesem Paragraphen, der mit einer Lücke beginnt, fort:

— 16 *stell.* — *fere semper mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse, cum maiore difficultate aput Praetorem aut aput Praesidem provinciae quaerere.*

Die Lücke ergänzt Klenze so: *In rebus quae mancipi sunt.* Allein obgleich diese Ausfüllung einige Aehnlichkeit mit den von Göschen berichteten Schriftzügen hat, so verdient sie doch keine Billigung, weil sie keine rechte Verbindung mit dem Vorhergehenden ergibt und die Andeutung, dass gerade *res mancipi* gewöhnlich mancipirt und nicht *in iure* cedirt würden, die falsche Vorstellung erregt, als wenn *res nec mancipi* gewöhnlicher durch *in iure cessio* übertragen würden. Wer die Schriftzüge und den Zusammenhang vergleicht, wird ohne Zweifel der folgenden Restitution seinen Beyfall geben:

*Plerumq̄* (*Plerumque*) *tamen et fere semper etc.*

Doch sey es gestattet, noch auf eine Stelle aufmerksam zu machen, welche darthut, dass diese Gedankenweise dem Gaius familiär ist. *Lib.* 21 *ad Edictum provinciale* sagt Gaius *L.* 1. *de usurpatt. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent.* Bey einem so einfachen Schriftsteller, wie Gaius, der sich nur in einem gewissen Kreise von Gedanken und Ausdrücken bewegt, sind Parallelstellen für die Kritik von der grössten Wichtigkeit.

## *Comm.* II. §§. 35. 36.

*Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est, antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset: post aditionem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.* §. 36. *Testa-*

*mento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post aditionem in iure cedat.*

In diesen beyden Paragraphen kommt es uns blos auf die beyden gesperrt gedruckten Wörter an. Hätte die Handschrift selbst *aditionem*, so wäre natürlich kein Grund vorhanden, diese so einfache und natürliche Lesart zu verändern. Nun aber hat sie statt dessen obligationem und es wird jeder einräumen, dass die nicht leichte Veränderung dieses Worts in *aditionem* um so mehr bis zum höchsten Nothfall ausgesetzt werden muss, als das Wort zweymal in derselben Verbindung wiederkehrt und von Seiten der Abschreiber eine Vertauschung des leichteren *aditionem* mit dem schwierigeren *obligationem* nicht wohl angenommen werden kann. Ein solcher Nothfall ist nun aber, wie ich glaube, keineswegs vorhanden. *Obligari*, vollständiger *obligari hereditati*, sagt man da, wo von Antretung der Erbschaft die Rede ist, sehr häufig und oft abwechselnd mit *adire hereditatem* von dem, welcher der Erbschaft durch Antretung oder wie sonst verpflichtet wird und sich nun nicht wieder von ihr los machen kann. Folgende blos aus dem Titel *de acquirenda vel omittenda hereditate* gezogene Stellen werden dieses zur Genüge beweisen: *L.* 5. *pr.* (*Ulp.*) *Mutum nec non surdum etiam ita natos pro herede gerere et obligari hereditati posse constat.* §. 1. *Eum cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat. L.* 6. *pr.* (*Id.*) *Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.* — §. 4. — *quanquam is, quem pater iussit adire et decessit, si adierit iam mortuo patre, obliget se hereditati.* — *L.* 22. (*Paul.*) *Si is, ad quem legitima hereditas pertinet, putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium eius nactus sit: placet non obligari eum hereditati — nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati* — *cf. L.* 21. §. 1. *L.* 78. — *L.* 49. (*Afric.*) *Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non*

*gerat, hereditatem adeundo obligari ait.* *L.* 50. (*Modest.*) *Si per epistolam servo pupilli tutor hereditatem adire iusserit: si post subscriptam epistolam tutor moriatur, antequam ex epistola servus adiret, nemo dicturus est, obligari postea pupillum hereditati.* *L.* 51. §. 1. (*Id.*) — *filius, acceptis literis patris, adiit hereditatem. Dubitatum est, an recte adiisset? Probabilius diceretur, quamdiu persuasum ei non sit, solvendo esse hereditatem, patrem non obligasse.* Eben so noch *L.* 59. (*Nerat.*) *L.* 74. §. 2. (*Paul.*) *L.* 93. §. 2. (*Id.*). Aus der Vergleichung dieser Stellen geht nun wohl mit ziemlicher Gewissheit hervor, dass man im Allgemeinen eben so gut wie *post aditionem* (*sc. hereditatis*) auch sagen kann *post obligationem* (*sc. hereditati*). Der Unterschied scheint nur der zu seyn, dass *aditio* blos den Act der Erwerbung bezeichnet, *obligatio* aber zugleich eine Hindeutung auf die unwiderrufliche Vereinigung des Erben mit der Erbschaft und die damit gegebene Unterwerfung desselben unter alle Erbschaftslasten (das *totius hereditatis onera sustinere Gai.* 2, 226.) enthält. Dieses auf die vorliegende Stelle angewandt glaube ich behaupten zu dürfen, dass Gaius, indem er gerade an den obigen beyden Stellen sich des Worts *obligatio* bediente, die Worte mit der grössten Sorgfalt gewählt habe, und dass wir sogar, wenn *aditio* stände, wünschen müssten, er hätte *obligatio* gesetzt. Die Sache verhält sich nähmlich so: Es werden zwey Fälle unterschieden, *in iure cessio* einer deferirten und *in iure cessio* einer acquirirten Erbschaft. Den ersten Fall bezeichnet Gaius *ante aditionem, id est antequam heres extiterit;* warum? weil hier das, dass der Erbe noch nicht einmal angefangen hat Erbe zu seyn, was durch die *aditio* geschehn würde, den Grund enthält, weshalb das *ipsum ius hereditatis* noch übertragen werden kann. Im zweyten Fall dagegen sagt er *post obligationem si cesserit*, weil hier die unauflösliche Verbindung, in welche der Erbe mit der Erbschaft getreten ist, also nicht sowohl die Antretung, als die Wirkung der Antretung Grund ist, weshalb nun das *ipsum ius hereditatis* nicht mehr übertragen werden kann. Noch deutlicher wird dieses wer-

den, wenn wir die Natur der *in iure cessio hereditatis* etwas genauer entwickeln, ein Unternehmen welches auch insofern nicht überflüssig erscheinen wird, als diese Materie noch fast gar nicht bearbeitet ist[58*].

Eine Erbschaft gestattet keine Tradition, weil sie unkörperlich (*Gai.* 2, 28. *L.* 43. §. 1. *de A. R. D.*) und keine Mancipation, weil sie eine *res nec mancipi* ist (*Gai.* 2, 17.)[59]. Was die *in iure cessio* betrifft, so versteht es sich von selbst, dass eine noch nicht deferirte Erbschaft, als nicht vorhanden, oder doch der Disposition des Erben noch nicht zuständig, auch nicht cedirt werden kann[60]. Ausserdem ist zu unterscheiden zwischen *legitima* und *testamentaria hereditas* und bey beyden wieder zwischen der Zeit vor und nach der Antretung. Eine deferirte Intestaterbschaft kann mit dem Erfolge *in iure* cedirt werden, dass der Vindicant durch die Addiction ebenso Erbe wird, als wenn er als berufener *legitimus heres* die Erbschaft angetreten hätte[61]. Ueberhaupt kann nähmlich der Erbe, obgleich er die Erbschaft noch nicht erworben, sie doch schon übertragen, weil der Erwerb blos von seinem Wollen abhängt. Gerade die *in iure cessio* ist aber dazu geschickt, weil diese auf der Fiction eines Rechtsstreits über die Erbschaft beruht, und indem der Cessionar vindicirt, der Cedent nicht widerspricht, dieses Nichtwidersprechen ein Doppeltes in sich schliesst, einen Nichterwerb der Erbschaft für sich und einen Nichterwerb blos zu dem Zweck, damit der andere erwerbe, mithin eine Disposition über das Recht zu Gunsten des Andern. Der Fall gehört also zu denen, wo Jemand etwas überträgt, was er selbst

---

58*) Das Ausführlichste bis dahin ist von Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 4. S. 25—28. 2. Ausg. doch ist auch diese Darstellung weder durchaus richtig noch tief genug.

59) Unverständig ist die Einwendung des *testamentum per aes et libram* bey den Neuern. Denn hier wird ja nicht die *hereditas* (*quae viventis nulla est*) sondern die *familia*, d. h. der eine Theil der Privatfreyheit des Testators, welcher mit seinem Tode eine Sache bilden wird, die Vermögensfreyheit, mancipirt, und diese ist eben so, wie die ganze Person, *mancipi*. *Gai.* 1, 120.

60) Also könnte ein *heres sub conditione institutus* auch schon wegen der Bedingung nicht cediren. *Fragm. Vatic.* §. 71.

61) *Gai.* 2, 35. 3, 85. *Ulp.* 19, 12—14.

nicht hat; z. B. der Usufructuar oder Pächter verkauft die pendenten Früchte und der Käufer wird durch die Perception Eigenthümer; ich habe eine Sache gekauft und lasse sie dem Titius, dem ich meinen Willen sie ihm zu schenken bereits erklärt habe, tradiren u. s. w. [62]). Auch widerspricht die Natur der Erbschaft ihrer Uebertragbarkeit nicht; denn sie ist zwar eine unkörperliche Sache, wie *usufructus* und *obligatio*, unterscheidet sich aber von diesen Rechten dadurch, dass sie nicht, wie diese, in einem Verhältniss zweyer Gegenstände zu einander besteht, welches mit Veränderung des einen Gegenstandes nothwendig ein anderes werden müsste, sondern gleich körperlichen Sachen eine Sache in sich ist, unkörperlich blos deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist. Endlich kann eine Höchstpersönlichkeit der *legitima hereditas* auch aus dem Grunde nicht behauptet werden, dass das Gesetz sie nur einer bestimmten Person angetragen habe. Denn die gesetzliche Erbschaft ist, wie auch der Nahme schon es ausdrückt, etwas an sich Vorhandenes, wozu das Gesetz nur irgend Jemand als Erwerber beruft und es kann nicht behauptet werden, dass die Erbschaft nur durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sey. Hierin unterscheidet sich die *legitima hereditas* wesentlich von der *testamentaria*, zu welcher wir daher sogleich übergehn. Eine testamentarische Erbschaft wird vor der Antretung von dem eingesetzten Erben nichtig cedirt [63]). Denn der Anspruch des Testamentserben beruht blos darauf, dass in ihm der materielle Theil der Bedeutung des *familiae emptor* liegt, welcher nach dem ursprünglichen Rechte unmittelbar mit dem Tode des Erblassers dessen *successor per universitatem* wurde, mithin auf einem Vertrage nicht über die *hereditas*, sondern über die *familia* des Verstorbenen, welche nur im Augenblick

---

62) Vgl. *L. pr. de acquir. poss. L.* 46. *de A. R. D. L.* 63. *de usufr. L.* 18. *de precar. L.* 2. §. 2. *de donatt. L.* 3. §. *ult. de donatt. int. vir. et uxor.*

63) *Gai.* 2, 36. 3, 86. *Ulp. l. c.*

des Erwerbs (wo von keiner Cession einer nicht erworbenen Erbschaft mehr die Rede seyn kann) sich als *hereditas* gestaltet. Hier ist also in der That die Erbschaft nicht für sich unabhängig von der Person des eingesetzten Erben vorhanden, sondern nothwendig an seine Person geknüpft und sie ist für ihn entweder noch keine Erbschaft, wo die Unmöglichkeit der Cession von selbst einleuchtet, oder sie ist eine schon erworbene Erbschaft, auf welche sich der erste Fall, von dem wir hier sprechen, nicht bezieht. Dass nach der Ablösung des *testamentarius heres* von der Person des *familiae emptor* die Sache wesentlich sich nicht änderte, obgleich nun die Erbschaft als solche eine zeitlang unangetreten vorhanden seyn konnte, erhellt daraus, dass die Bedeutung der Erbschaftsantretung des *testamentarius heres* doch keine andere war, als dass er seine Einheit mit dem *familiae emptor* anerkannte und damit in dessen Mancipationsrecht rückwärts von Zeit des Todes des Erblassers eintrat[64]). Aus einem ähnlichen Grunde konnte auch zwar die *legitima* nicht aber die *testamentaria tutela* über Frauen *in iure* cedirt werden[65]). Denn auch dieser *tutor* erhält nicht die Tutel als eine vorhandene Sache, wie es der Fall ist, wenn das Gesetz zu derselben beruft, sondern als etwas vom Erblasser von dessen *familia* ihm Gegebenes, welches ursprünglich ebenfalls unmittelbar mit dessen Tode sich als *tutela* und folglich als eine *tutela* für ihn, den Berufenen, persönlich, gestaltete.

---

64) Weil der Inhalt der Erklärung des Erben, welcher eine gesetzliche und welcher eine Testamentserbschaft annimmt, hiernach ein ganz verschiedener ist, kann auch Niemand antreten, der nicht weiss ob ihm *ex testamento* oder *ab intestato* deferirt worden und kann, wer die eine Antretung abgelehnt, die andere noch nachholen. *L.* 17. §. 1. *de acquir. vel omitt. hered.*

65) *Gai.* 1, 168. *Ulp.* 11, 7. 17. Der Grund, warum die Tutel über Pupillen nicht cedirt werden kann, ist nicht der äusserliche, welchen Gaius angibt, *quia non est onerosa*, sondern der die Natur der Sache treffende, dass die Pupillartutel nicht so, wie die *muliebris*, hauptsächlich ein Recht (*res Ulp.* 19, 11.) der Agnaten und um dieser willen eingeführt (*Gai.* 1, 192.) sondern ein *officium* gegen die Pupillen ist, welches daher, wie jede Dienstleistung, als etwas Höchstpersönliches nicht veräussert werden kann. Vgl. Zeitschr. für krit. Rechtswissensch. Bd. 5. S. 289.

Ist die Erbschaft einmal angetreten, dann kann natürlich kein Unterschied zwischen gesetzlicher und Testamentserbschaft mehr statt finden, indem nun blos das, was der Cedent in seinem Vermögen hat, Gegenstand der Cession ist, bey dem folglich nichts mehr darauf ankommt, auf welche Weise er es erworben habe. Die Wirkung der Cession ist aber nun, dass der Cedent 1) das *ipsum ius hereditatis* nicht überträgt und nicht übertragen kann (*nihilominus ipse heres permanet*); denn die eigentliche Natur der Erbschaft und Vererbung ist diese, dass sie eine Fortentwickelung des zweyten Theils unserer *familia*, nähmlich der Vermögensfreyheit enthält, ähnlich, wie die Zeugung den ersten Theil derselben, die Person selbst, mittheilt[66]. So wenig nun Jemand in seiner Person das ihm mitgetheilte Fleisch und Blut, d. h. eben seine Person selbst, von sich thun kann, eben so wenig auch den auf die Sachenwelt gerichteten Theil der *familia*, welcher sich von der Person nur dadurch unterscheidet, dass er vermöge der *hereditas* noch eine ähnliche *familia* assumiren kann, was bey der Person in sich nicht möglich ist. Daher der Grundsatz *semel heres, semper heres.* Wer eine Erbschaft antritt, verbindet sich ihr gleichsam (*obligat se hereditati*) und macht aus sich und ihr eine unauflösliche Einheit, daher der Grund, warum hier das *ipsum ius hereditatis* nicht übergeht, nicht besser bezeichnet werden kann, als wenn die Antretung, oder der Zustand, den die Antretung hervorbringt, geradezu gleich *obligatio* genannt wird. 2) Von dem *ipsum ius hereditatis* ist aber wohl zu unterscheiden die Erbschaft, in wiefern sie in jeder einzelnen Erbschaftssache ist. Denn der Erbe wird durch die Antretung nicht nur Eins mit dem Verstorbenen hinsichtlich der sächlichen Richtung der Freyheit desselben, sondern er tritt auch in so viel einzelne Sachen, als dessen Vermögen ausmachten, ein, und von dieser Seite betrachtet, ist das *heredem fieri* zugleich mit einer *per universitatem acquisitio* vieler einzelnen Sachen verbunden. Man wende nicht ein, diese

---

66) Vgl. oben S. Anm.

sey mit dem *heredem fieri* ein und dasselbe; sie ist es eben so wenig, als die Person des Verstorbenen, insofern sie auf das von der Sachenwelt ihr Unterworfene gerichtet war, mit den Sachen zusammenfiel; sondern so wie jene nicht von dem Verstorbenen getrennt werden konnte, während die Veräusserung der einzelnen Sachen möglich war, so kann auch zwar das *heredem esse* nicht wieder vom Erben abgelöst, wohl aber die Erbschaft, insofern sie in den einzelnen Sachen ist, von ihm getrennt und so weit es die Natur dieser Sachen erlaubt, übertragen werden. Wer dieses nicht anerkennte, würde sich desselben Irrthums — nur umgekehrt — schuldig machen, den die Alten begingen, als sie annahmen, durch jährigen Besitz der Erbschaftssachen usucapire man die *hereditas* d. i. das *heredem esse* selbst; da doch dieses nicht besessen und folglich auch nicht ersessen werden kann, sondern nur die einzelnen Sachen, insofern in ihnen die Erbschaft ist[67]). Demnach ist nun zu untersuchen, wie die *in iure cessio* auf die Erbschaft in den einzelnen sie ausmachenden Sachen und Verhältnissen einwirken werde, was von der Natur dieser einzelnen Sachen abhängt. Es sind dreyerley Arten derselben zu unterscheiden: a) die körperlichen Erbschaftssachen gehn ebenso auf den Cessionar über, als wenn sie jede einzeln als solche cedirt worden wären[67*]); denn körperliche

---

67) *Gai.* 2, 54. Mit Recht hielt man übrigens nach Erkenntniss der Wahrheit daran fest, dass Grundstücke schon in einem Jahre *pro herede* usucapirt werden. Denn der Besitzer usucapirt ja nicht die Grundstücke als solche aus der Erbschaft — wozu er eines eine *singularum rerum acquisitio* ausmachenden Titels bedürfte — sondern, indem er *pro herede* usucapirt, die Erbschaft in den Grundstücken oder die Grundstücke als Erbschaft, mithin immer noch etwas zu den *ceterae res* der zwölf Tafeln Gehöriges.

67*) *Ulp.* 19, 14. — *res autem corporales, quoties singulae in iure cessae sunt, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas.* So der *Cod. Vat.* Die Erklärung, welche Mühlenbruch a. a. O. Not. 49. von dieser Stelle gibt: sobald sie sammt und sonders (ohne Vorbehalt einzelner Sachen) cedirt sind, wäre freylich die einzig mögliche. Allein auch sie ist zu geschroben und unpassend, als dass dieser Sinn der richtige seyn könnte. Ohne Zweifel hatte Ulpian geschrieben: *quasi ei singulae in iure cessae essent,* welche Emendation noch leichter und doch vollständiger ist, als die von Ballhorn-Rosen über *Dominium* S. 36. *quasi singulae in iure cessae sint.*

Sachen können, indem sie nicht in einem ihre Natur constituirenden Verhältnisse des Berechtigten bestehn, den Eigenthümer durch Veräusserung wechseln. b) Obligationen dagegen, welche der Erbschaft geschuldet wurden, gehn unter und die Erbschaftsschuldner werden auf diese Weise befreyt. Denn da der Erbe sie ebenso wie die *corpora hereditaria* als einzelne die Erbschaft ausmachende Sachen durch die Erbschaft erworben hat, so müssen sie auch mit der Abtrennung der Erbschaft, soweit sie in einzelnen Sachen ist, von ihm ebenfalls mit abgetrennt werden. Auf der andern Seite können sie aber nicht auf den Cessionar übergehn, weil damit die Obligation ihrer Natur nach eine andere werden würde. Folglich gehn sie unter. Man wende nicht ein, dass nach demselben Grunde auch der Erbe in die Obligationen der Verstorbenen nicht müsste eintreten können; denn hier wird die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen selbst auf den Erben übertragen (s. oben No. 1.) und nur mit ihr auch die Obligation, bey der Cession der Erbschaft aber die Obligation ohne die Person, oder die objective Erbschaft. Was aber von den Obligationen gesagt ist, gilt um so mehr auch von einem in der Erbschaft befindlichen Ususfructus, wenn Jemandem die Proprietät legirt war. c) Die passiven Obligationen endlich und daher auch die durch *damnatio* entstandenen Forderungen der Legatare erleiden gar keine Veränderung durch die *in iure cessio*. Denn diese sind nicht *per universitatem* acquirirte Sachen, weil Schulden überhaupt keine Rechte und daher nichts Erwerbbares sind, und können folglich auch nicht durch die *in iure cessio*, welche dem dritten die Erbschaft in den Sachen erwirbt, ergriffen werden, sondern sie haften als in den zweyten Theil des Sachenrechts (*de obligationibus*) gehörig, ebenso an der Person des Erben wie der *filiusfamilias*, der alle Forderungen seinem Vater acquirirt, durch die eingegangenen Contracte oder begangenen Delicte selbst obligirt wird.

Vergleichen wir noch mit diesem Resultat die *in iure cessio legitimae tutelae*. Die Tutel, auch die über Frauen, hat das Eigenthümliche, dass, indem ihr Inhalt nicht etwas dem Eigenthum Unterworfenes, sondern ein Recht über eine

freye Person, insofern diese eines Vermögensschutzes bedarf, ist [68]), sie nicht so wie die Erbschaft, angebothen und erworben wird, sondern unmittelbar mit dem Tode des Erblassers oder der Gültigwerdung des Testaments oder der *datio a magistratu* besteht. Sie ist gleichsam (was bey der *legitima* am klarsten hervortritt) ein in seinen Grundlagen schon nothwendig gegebenes Verhältniss, welches durch die Existenz irgend eines Delationsgrundes nur als das Recht der *tutela* zur Wirksamkeit kommt. Daher lässt sich die *in iure cessio* der *legitima tutela* eigentlich blos mit der einer schon acquirirten nicht auch einer blos deferirten Erbschaft vergleichen. Auch bey der Tutel ist nun zu unterscheiden das persönliche Verhältniss des Berechtigten und der Inhalt seines Rechts; jedoch findet im Vergleich mit der Erbschaft die Verschiedenheit statt, dass der Nahme *tutor* nicht so wie der Nahme *heres* von dem persönlichen Verhältniss, sondern von dem objectiven Inhalte des Rechts hergenommen ist. Denn wer eine Erbschaft antritt, der erlangt zunächst die gleichsam unkörperlich die Erbschaft zusammenhaltende und über ihr schwebende Person des frühern Herrn dieses Vermögens (daher *heres*) und durch sie erst das Vermögen selbst; wer aber Vormund wird, hat diesen Nahmen nicht davon, dass er in irgend einer Beziehung die Person des verstorbenen Vaters der Frau angezogen und dadurch erst sein Schutzrecht erlangt hätte, sondern von diesem Schutzrechte unmittelbar. Daher geht bey der *in iure cessio* der Tutel der Nahme des *tutor* mit dem ja wirklich übertragenen Schutzrechte auf den Cessionär über und der Cedent kann nicht mehr *tutor* genannt werden. Nichts desto weniger aber ist die Grundlage dieses cedirten Schutzrechts (die persönliche Familienbeziehung des Cedenten zu der Frau, welche in der Tutel steht), und dieses ist eben so und noch mehr der Fall, wie bey der Erbschaft das *heredem esse* der Erbschaft, insofern sie in einzelnen Sachen besteht, zum Grunde liegt; ich sage noch mehr, insofern die Erbschaftssachen als etwas für sich Bestehendes auch getrennt von dem *heredem esse*

68) Vgl. über den eigentlichen Begriff der Tutel Zeitschr. für krit. Rechtswissensch. Bd. 5. S. 282—87.

und ohne weitere Beziehung darauf erworben werden können, die Tutel aber, indem sie selbst nur ein aus persönlichem Verhältniss entsprungenes Recht ist, auch nur insofern sie jene ihre Grundlage behält, als Recht bey dem *cessicius tutor* bleibt. Stirbt daher der Cedent oder wird *capite* deminuirt, so fällt nothwendig auch die *cessicia tutela* hinweg [69]). Auch muss, wenn der *cessicius tutor* stirbt, der Cedent die Tutel wiedererlangen, weil jetzt der gesetzliche Delationsgrund, der auf des Cedenten nach wie vor gebliebenem persönlichen Verhältnisse zur Frau beruht, wieder zur Anwendung kommt. Dasselbe muss behauptet werden, wenn der *cessicius* eine *minima capitis deminutio* erleidet; denn indem diese Tutel nicht wie die *dativa* ein *publicum ius*, sondern ein Privatrecht ist, wird sie von der *minima capitis deminutio* ergriffen (*L.* 6. *de cap. min.*); sie kann aber auch nicht, wie andere körperliche oder unkörperliche Sachen dem *pater adoptivus* erworben werden, weil sie in ihrem Zusammenhange mit dem Verhältnisse des Cedenten zu der Frau, woraus sie wie aus ihrer Wurzel ihr Leben erhält, selbst etwas Höchstpersönliches ist und daher nur dieser Person, der sie vom *legitimus* cedirt ist, zustehn kann. Eben deswegen hört sie auch auf, wenn der *cessicius* sie weiter cedirt; denn da sie etwas Erworbenes ist, was nicht in einem Verhältniss zweyer Gegenstände zu einander besteht, so kann sie allerdings auch von ihm cedirt werden; indem sie aber zugleich höchstpersönlich ist, kann sie nicht auf einen Andern übergehn; mithin geht sie unter und das Gesetz deferirt wieder dem Agnaten die Tutel. Man kann daher diesen Fall mit dem vergleichen, wo die acquirirte Erbschaft cedirt wird und damit die Erbschafts-Forderungen verlohren gehn; nicht dagegen — was neuerlich wieder geschehn ist [70]) — mit der *in iure cessio ususfructus*, welche nach dem einstimmigen Zeugniss der Römischen Juristen [71]) und

---

69) *Gai.* 1, 170. *Ulp.* 11, 7.

70) Von Puggé im Rhein. Museum I. S. 150. Vgl. *Schulting ad Ulp.* 11, 7. und *ad Paull. S. R.* III, 6. §. 32. Auch Mühlenbruch a. a. O. S. 26. Not. 47.

71) Als abweichend wird bekanntlich Pomponius (der Zeitge-

nach der Natur der Sache gar nichts bewirkt; denn der *ususfructus* unterscheidet sich von *hereditas* und *tutela* wesentlich dadurch, dass sein Inhalt das Verhältniss zweyer Gegenstände, der Person des Usufructuars zu der Sache, ist, woraus, wie vorhin schon bemerkt worden, die Unmöglichkeit aller Veräusserung an einen *extraneus* folgt.

Es ist noch der zwischen den beyden Schulen der Römischen Juristen streitige Fall zu erwähnen, wenn ein *necessarius heres* die Erbschaft *in iure* cedirt. Hier glaubten die Proculejaner bewirke die Cession dasselbe, wie wenn ein freywilliger Erbe nach der Antretung die Erbschaft cedire, weil kein Unterschied sey, ob Jemand gezwungen oder durch Antretung die Erbschaft erworben habe. Die Sabinianer aber glaubten, diese *in iure cessio* bewirke gar nichts [72]). Gründe für ihre Meinung werden nicht angeführt; sie bestanden aber offenbar darin, dass ein *necessarius heres* die Erbschaft gar nicht als eine ihm fremd gewesene Sache erwerbe, sondern nur in ihr als seinem ihm eigentlich schon zugehörig gewesenen Gute frey werde, daher die *in iure cessio* einer solchen Erbschaft nicht besser sey, als wenn ein *paterfamilias* einem Andern seine *familia* (Vermögen) cediren wollte,

---

nosse des Gaius 2, 30!) angeführt in *L.* 66 *de iur. dot.* wegen der Worte: *quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis: et si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* und neuerlich hat Puggé a. a. O. eine wirkliche Controverse der Röm. Juristen hierüber — der schon die offenbarsten äussern Gründe entgegenstehn — zu begründen gesucht. Die richtige Erklärung ist längst gegeben (vgl. besonders *Ian. a Costa ad* §. 3. *I. de usufr.*) dass nähmlich Pomponius sage: der cedirende Usufructuar könne durch eine solche *in iure cessio* nicht bewirken, dass der *ususfructus* übergehe und in Zukunft durch seinen Tod oder *cap. deminutio* nicht consolidirt werde (weil er jetzt lediglich nach der Person des neuen Usufructuars zu betrachten wäre). Bedenkt man das Futurum (*reversurum esse*) und stellt man sich, was so natürlich ist, vor, Pomponius habe in dem Zusammenhange früher von der Sache gesprochen (*supra diximus*) dass er die Frage aufwarf, ob nicht die Rückkehr des *ususfructus* zur Proprietät durch stets wiederholte *in iure cessio* eines dem Tode nahen Usufructuars an einen Andern auf immer verhindert werden könne, und sie damit beantwortete, dass eine solche Cession überhaupt nichtig sey — an welchen Zusammenhang Puggé gar nicht gedacht hat —; so ist diese Erklärung die natürlichste und einfachste von der Welt.

72) *Gai.* 2, 37. 3, 87.

was ein offenbar nichtiger Act wäre, weil die Vermögensfreyheit, als mit der persönlichen unauflösbar verbunden und nur eine zweyte Richtung derselben bildend, unveräusserlich ist [73]). Ich gestehe, dass ich für den *suus et necessarius heres* — auf welchen auch Gaius in der Stelle aus dem dritten Buche die Meinung der Cassianer beschränkt — diesen Gründen nichts entgegenzusetzen weiss; denn dass er auch *heres* heisst, eine *hereditatis petitio* anstellt u. s. w. bezieht sich blos auf die Form seines Rechts, die freylich dieselbe ist, wie bey jedem andern zukünftigen Herrn (*heres*), auf welche es aber auch hier nicht ankommt. Dagegen von dem freygelassenen und eingesetzten Sclaven ist es richtiger zu sagen, er könne ebenso wie ein *extraneus heres* eine erworbene Erbschaft cediren, weil ihm vor dem Tode des Erblassers das Vermögen fremd war und er es als solches, obgleich genöthigt, erhält [74]).

## *Comm.* II. §. 60.

*Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res aput eum es-*

---

73) L. 11. *de lib. et postum.* (Paul. *lib.* 2 *ad Sabin.*) *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere eos licebat.* Unmittelbar vorher hatte Paulus wahrscheinlich für den *servus manumissus et heres institutus* etwas Aehnliches durchgeführt, worauf sich der Comparativ *evidentius* zu beziehn scheint.

74) Ein überaus schwacher Grund wird der Sabinianischen Meinung untergelegt von Dirksen, Beiträge zur Kunde des R. R. S. 59. Er meint nähmlich, die Sabinianer hätten sich daran gehalten, dass bey der *in i. cessio hereditatis* immer von Unterscheidung vor und nach *hereditatis aditio* die Rede gewesen sey, und wo eine solche Unterscheidung nicht in die Augen gefallen, hätten sie überhaupt von der *in iure cessio* nichts wissen wollen. Wäre es das, so würde man freylich unbedenklich für die Proculejaner sich entscheiden müssen. — Eine blosse Uebereilung ist es wohl, wenn Mühlenbruch a. a. O. Anm. 50. gegen das ausdrückliche Zeugniss des Gaius die Sabinianische Meinung so auffasst, als hätte sie den *necessariis heredibus* sogar die Abtretung des Erbrechts gestattet.

*sent: siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio etc.*

Da *cum contrahitur* hier nicht so viel als wenn, sondern da contrahirt wird, heisst, und in diesem Falle *cum* ausser bey Schriftstellern der *decrepita senectus linguae Latinae* immer nur mit dem Conjunctiv construirt wird, so mache ich es mir zum Gewissen, einem oft sinnlosen Abschreiber zu Liebe, Gaius eines grammatikalischen Fehlers zu beschuldigen und schreibe *contrahatur* um so unbedenklicher, als der Abschreiber auch anderwärts die *modi* verdorben hat, z. B. 2, 78 *ut — debet*, statt *debeat.* 1, 80 *ut — nascitur*, statt *nascatur.* 2, 91. 92. (*sit* statt *est*) 94. 155. und an vielen andern Stellen.

### *Comm.* II. §. 67.

— *naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen sit rei persecutio.*

Aus der Handschrift wird nach *tamen* berichtet: drey schräge Striche von oben nach unten am Ende der Zeile und in der darauf folgenden *rei psecutio sit.* Danach zweifele ich nicht, dass zu lesen sey: *difficilis tamen eius rei persecutio sit.* Das Wörtchen *eius* kann ohnehin nicht gut fehlen, weil *rei* sonst zu nackt und zu sehr ausser Verbindung mit dem Vorhergehenden stehn würde, wo theils besondere Sachen (*fera bestia, volucris, piscis*) theils allgemein *quod captum, quod nostrum est*, angeführt waren. Auch stimmt unsere Lesart mehr mit Justinians Institutionen überein, welche haben (§. 12. *I. de rer. divis.*): *ut difficilis sit eius persecutio.*

### *Comm.* II. §. 96.

*In summa sciendum est, his qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse. cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil omnino in iure vindicare possint.*

Hier ist *omnino* ziemlich überflüssig. Die Handschrift wird so beschrieben: *nihil * uuonc p'se in iure etc.* Dar-

aus liesse sich vielleicht richtiger machen: *nihil suū (suum) esse p̄ (per) se in iure etc.* Ueber *suum esse in iure vindicare* vgl. oben 1, 134. — *vindicat apud Praetorem filium suum esse.* Das *per se* hebt theils den Begriff noch mehr, theils kann es darauf bezogen werden, dass, wenn solche Personen ja etwas eigen nennen wollen, wie der Sclav die Freyheit, ein Anderer für sie vor Gericht auftreten muss. Dass aber *per se agere* dem *alieno nomine agere* wirklich entgegengesetzt wird, ist bekannt. Vgl. z. B. *Cic. pro Rosc. Com.* 18. *Quid interest inter eum, qui per se litigat et qui cognitor est datus? qui per se litem contestatur, sibi soli petit; alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus.*

Noch könnte Jemand die Frage aufwerfen, warum denn die Personen in fremdem Rechte, wenn ihnen nicht *in iure* cedirt werden kann, doch durch Mancipation erwerben können, bey welcher sie doch ebenso wie bey der *in iure cessio* sagen: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio.* Allein der Grund des Unterschiedes liegt am Tage. Bey der Mancipation, welche ihrer Natur nach eine Erwerbart bis dahin fremder Sachen ist, heisst jene Formel s. v. a.: jetzt soll dieser Sclav mir erworben seyn (wie auch der Zusatz *isque mihi emptus esto etc.* beweist) und erwerben können diese Personen. Bey der *in iure cessio* dagegen, welche eigentlich ein Rechtsmittel wider Störung eines vorhandenen Rechts ist, heisst sie: er ist bisher in meinem Eigenthum gewesen und der Staat soll mir mein Eigenthum schützen; diese Behauptung ist aber für eine *persona alieno iuri subiecta* unmöglich. Jeder wird einräumen, dass auch dieser Zusammenhang der Sache durch unsere Lesart mehr hervorgehoben wird.

### *Comm.* II. §. 104.

Wie schon oben bemerkt worden ist, muss bey jeder Mancipation der Käufer das Recht, welches er durch die Mancipation erhalten soll, in civilrechtlicher Sprache und mit Hinzufügung der *iusta causa* des Kaufs mit Römischem Gelde ausdrücken. So denn auch der *familiae emptor* bey der

Testamentsform *per aes et libram.* Dieser sprach nach dem in diesem Paragraphen herausgegebenen Texte folgende Worte:

FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, EAQUE) QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE *et ut quidam adiiciunt* AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA.

Der Herausgeber ist hier hauptsächlich in drey Stücken von der Handschrift abgewichen; zuerst sind die beyden eingeklammerten Worte hinzugesetzt worden; alsdann ist zu *custodela* und *mea* ein *m* hinzugefügt und endlich aus *mandatelatu* | *tam* *mandatam tutelam* gemacht worden. Ich glaube, dass man sich in jeder Hinsicht mehr an die Handschrift und die Natur solcher Formeln halten und demgemäss so schreiben müsse:

FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA, TUTELA CUSTODELAQUE MEA (EX IURE QUIRITIUM ESSE AIO EAQUE) QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE *et ut quidam adiiciunt* AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA.

Wir wollen zuerst das Kritische rechtfertigen und dann die Formel sowohl im Ganzen als im Einzelnen betrachten.

ENDO MANDATELA] Das Wort *mandatela* kommt freylich sonst nirgends vor; aber es ist analog gebildet, nähmlich von *mandare*, *mandatum,* wie *cautela* von *cavere*, *cautum*, *corruptela* von *corrumpere*, *corruptum* u. s. w. [75]) und der Sinn desselben, nähmlich das aus dem Auftrage entstehende Aufsichtsverhältniss (wie *corruptela* die aus der *corruptio* als Begebenheit hervorgegangene Verderbniss) passt vollkommen zu dem Zusammenhange. Ausserdem empfiehlt sich diese ganze Lesart durch die nun entstehende Aehnlichkeit in den Endigungen zusammengehöriger Wörter, —

---

75) Diese beyden Wörter haben auch die Formation *cautio* und *corruptio*. Diese lässt sich für *mandare* schwerlich nachweisen. Denn *mandatione*, welches die Florentiner Handschrift in *L.* 37. *pr. de A. R. D.* gibt, ist offenbar corrupt.



die *similiter desinentia*, wie sie die Alten nannten — eine Eigenthümlichkeit aller *carmina* alter Völker sowohl der poetischen als der rechtlichen oder religiösen[76]).

TUTELA] Aus der Handschrift wird berichtet *tu* | *tam*. Ich bezweifele aber nicht, dass eigentlich in derselben steht *tutela* und nur die Verblichenheit den Zügen das Aussehn jenes Worts gegeben hat. Auf jeden Fall würde unsere Aenderung, wenn sie eine solche wäre, keine bedeutendere seyn, als die von Göschen versuchte. *Tutela* und *custodia* werden übrigens wohl so verbunden, wie bey *C. Iul. Victor. art. rhetor. c.* 6. §. 1. *p.* 41. *ed. Mai. Non est sacrilegium, cum ab eo quid de templo detrahitur, cuius tutelae atque custodiae commissum est.* — *Custodela* für *custodia* ist, wie Festus unter dem Wort bemerkt, antike Form, welche aber nach Ausweis der Lexika auch bey den alterthümelnden Schriftstellern des silbernen Zeitalters wieder vorkommt[77]).

*esse ex iure Quiritium aio*] Dass hier überhaupt etwas ausgefallen sey, bedarf keines Beweises. Was ich aber eingesetzt habe, scheint mir deswegen vor dem Göschenschen Vorschlage den Vorzug zu verdienen und an sich selbst richtig zu seyn, weil man nun nicht nöthig hat,

---

76) Für die Römer reiche ein Beyspiel hin. Eine Beschwörungsformel bey *Cat. de R. R.* 160. heisst: *Huat hanat ista pista sista domiabo damnaustra.* Vgl. über die Sache *B. Thorlac. Opusc. acad. Tom.* IV. *p.* 34 *seqq. Imm. Huschke de Annio Cimbr. p.* 73 *seqq. U. F. Kopp in Imm. Huschkii Analect. literar. p.* 361. 364. Für das altdeutsche Recht *Jac. Grimm Deutsche Rechtsalterth.* Das ganze erste und zweyte Capitel der Einleitung (S. 1 — 54.) wo auch manches aus der Römischen Formular-Jurisprudenz vorkommt, z. B. das *habes, tenes, possides* der Aquilianischen Stipulation. Das deutsche Recht ist vorzüglich reich an solchen materiellen Uebereinstimmungen der Wörter, weil es überhaupt von einem materiellen Princip ausgeht. Bey den Römern findet man sie nur da, wo sie das natürliche Kleid des allein geltenden und allein erstrebten Geistes sind, selbstständig, auf Kosten des geistigen Elementes der Rede erstrebt nirgends. — In der That unterscheiden sich Gebrauch der Sylbenschätzung und des Rhythmus und Gebrauch des Reims in der poetischen Rede wie das Antike und Germanische überhaupt; jener gestaltete die Rede von dem geistigen dieser von dem materiellen Bestandtheile aus zu einer harmonischen Einheit. Daher im Alterthum der absichtliche Gebrauch des Reims für Ausdruck der Gemeinheit gelten musste.

77) Vgl. auch Heidelb. Jahrb. 1823. S. 1205.

die vorhergehenden Ablative in Accusative zu verwandeln und weil, so viel wir wissen, jede Mancipationsformel die Behauptung, dass das mancipirte Recht dem Käufer *ex iure Quiritium* gehöre, in sich schliesst. Die gewöhnliche Formel nun: *familiam ex iure Quiritium meam esse* konnte der *familiae emptor*, seitdem er wirklich die *familia* nicht bekam, nicht gebrauchen. Daher musste er nur so, wie vorsteht, sich ausdrücken, welche Ausdrucksweise derjenigen ähnlich ist, mit welcher der *filiusfamilias* vindicirt wurde: *hunc ego ex iure Quiritium in patria potestate mea esse aio*[78]).

Zum Verständniss der ganzen Formel ist nun die eben angedeutete neuere Bedeutung des *familiae emptor* festzuhalten. Auch jetzt also wurde ihm nach wie vor das Vermögen mancipirt, aber nicht so, dass er es zu eigen bekommen hätte, sondern so, dass sein Recht dazu sich eben so verhielt, wie das Recht derjenigen Personen, welche *domini loco* aber nicht selbst *domini* sind, d. h. der Procuratoren, Tutoren und Curatoren. Zweyerley Ausdrücke sind nun dabey zu bemerken, zuerst *familiam pecuniamque*. Warum nicht blos das eine oder andere Wort? Gewöhnlich nimmt man einen scrupulösen Pleonasmus an, aber mit Unrecht. *Familia* und *pecunia* bedeuten keineswegs dasselbe, sondern ersteres bezieht sich auf das Persönliche in dem Vermögen, ist also die Person, insofern sie Vermögen hat, und alle ihre Sachen in ihr eine freye Einheit bilden, letzteres dagegen auf die Sachen, welche jenes Vermögen ausmachen, und zwar ist *pecunia* dafür ein civilrechtliches Wort, weil *iure civili* das Wesentliche des Vermögens darin besteht, dass es in allen seinen Theilen durch das vom Staat ausgegangene Geld gemessen und umgesetzt werden kann, ohne den Charakter des Vermögens zu verliehren, so dass man sagen kann: dasjenige, wodurch die so verschiedenartigen Sachen eine Einheit bilden, sey das Geld in ihnen. Hiernach sind nun diese beyden

78) *L.* 1. §. 2. *de R. V.* und dazu Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 5. S. 272. auch oben zu *Comm.* I. §. 134.

Ausdrücke so wenig pleonastisch, dass durch die Weglassung des einen — wenigstens des ersten — die Mancipation nichtig gewesen seyn würde. Denn nur durch die Vereinigung der vermögensrechtlichen Person (*familia*) mit dem Käufer (Erben) kann dieser das Vermögen bekommen; die Mancipation der *pecunia* allein würde etwas Nichtiges seyn. Dass aber auch die *familia* für sich und ohne *pecunia* gedacht werden könne und alsdann ebenfalls etwas Inhaltsloses sey, ist oben zu *Comm.* II. §. 35. gezeigt. Denn in der Gestalt der Erbschaft entspricht der *familia* das *heredem esse* (*nomen heredis*), der *pecunia* die *hereditas*. Jedoch kann man auch wohl den Ausdruck *familia cum effectu* verstehn, wo er dann eine *familia cum pecunia* bezeichnet. Dieser Sprachgebrauch ist auch überall in den zwölf Tafeln beobachtet worden. Da wo von Vereinigung der vermögensrechtlichen Person mit einem Andern die Rede ist, d. h. vom Erbgange, steht immer *familia*[79]), wo dagegen blos von dem Vermögen einer vorhandenen Person, *pecunia*[80]). — Der Gebrauch der andern drey Wörter *mandatela, tutela*, *custodela*, scheint sich so zu erklären, dass damit die drey Arten erschöpft waren, wie man von einem Vermögen nicht das Eigenthum desselben selbst, sondern das Schutzrecht darüber haben konnte. Es liess sich nähmlich das Vermögen als zukünftige Erbschaft in einem dreyfachen Verhältnisse denken; der eingesetzte Erbe war *paterfamilias pubes*, dann entsprach dem Heben der Erbschaft das Schutzverhältniss der *mandatela*, welches als der regelmässige Fall billig voransteht; oder er war ein Pupill oder eine Frau, wo *tutela* eintrat, oder endlich

---

79) Man vgl. *Ulp.* 26, 1. *adgnatus proximus familiam habeto.* *Collat.* 16. 4. (Erbrecht der Gentilen). *L.* 195. §. 1. *de V. S.* (Erbrecht des Patrons). *L.* 1. *pr. famil. ercisc.* In dieser Klage wird die *familia* geschieden, nicht die *pecunia* unmittelbar; denn für die letztere ist die *actio communi dividundo.* Vollständig aber sollte die Klage heissen *familiae pecuniaeque erciscundae*, so wie der *familiae emptor* vollständig *famimiliae pecuniaeque emptor* heisst: *Sueton. Ner.* 4.

80) Man vgl. *Ulp.* 11, 14. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* Das *legare* bezog sich nähmlich ursprünglich nicht auf die Beerbung. *Cic. de invent.* 2, 50. *Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.* *Brisson. de V. S. v. Pecunia.* §. 1. *Gai.* 3, 124.

ein *furiosus* oder *prodigus.* Dafür hätte nun *cura* erwähnt werden sollen. Allein es ist nicht unwahrscheinlich, dass in den zwölf Tafeln statt *cura* auch oder allein *custodela* gesagt wurde; wenigstens haben wir bey *Fest. v. Nec* ein Fragment: *Ast ei custos nec escit* übrig, welches sich wahrscheinlich auf den *curator* bezog.

Im folgenden Theile der Formel bedarf blos der Zusatz: *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam* einer Erläuterung. Er wurde, wie ich glaube, blos zu dem Zwecke gemacht, damit die Worte *eaque esto mihi empta* durch die Hinweisung auf die in dem *testamentum* d. h. der *lex mancipii* enthaltene Erbeseinsetzung und übrigen Bestimmungen die gehörige Beschränkung erhielten. Der *familiae emptor* kaufte die Familie nur unter den Beschränkungen, welche der Testator in der *lex mancipii* unmittelbar nach Vollbringung der Mancipation in der *nuncupatio* oder vielmehr in dem, was diese bekräftigte, gültig machen würde. Daher ich glaube, dass dieser nur zur Anknüpfung an die Nuncupationsworte bestimmte Theil der Formel auch schon früher, als der *familiae emptor* noch wirklich Erbe wurde, vorkam, ja dass er etwas verändert bey jeder Mancipation, welche mit Nebenbestimmungen geschah, angewandt wurde. *Secundum legem publicam* bezieht sich also speciell auf das Gesetz *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, obgleich es zunächst allgemein zu verstehn ist und s. v. a. *secundum ius publicum*, *ius civile*, *ius commune omnium civium* heisst. So steht der Ausdruck auch bey *Cic. pro Caec.* 26. *si parum sit communitum ius? si civili ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest?* Vgl. auch unten zu III, 174.

## *Comm.* II. §. 125.

*Quid ergo est? licet * * secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen Praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei a tota hereditate repelluntur* — 25 stell. — *bonorum possessio* — 21 stell. — *etiam masculus interesset.*

Klenze bemerkt in seiner Ausgabe zu dieser Stelle: *Nisi audacior in re tam difficili videar, e vestigiis scripturae haec fere restituerim: „repelluntur; et efficeretur ut solis eis praeteritis bonorum possessio daretur nisi filiusfamilias etiam masculus interesset.“ Cf. Ulp. L. 3. §. 11. L. 10. §. ult. D. de bon. poss. contra tabb.* XXXVII. 4. Die Frage von der Kühnheit dieser Restitution ganz bey Seite gelassen, muss ich bekennen, durchaus keinen Sinn in ihr finden zu können. Was soll das heissen: es würde bewirkt werden, dass wenn die Töchter allein übergangen wären, (ihnen?) eine *b. p.* ertheilt werden müsste, wenn nicht ein *filiusfamilias*, selbst ein männlicher (oder: wenn auch kein männlicher *filiusfamilias?*) dabey wäre. In den citirten Stellen ist von der *c. t. b. p. commisso per alios edicto* die Rede, deren allerdings an diesem Orte hätte Erwähnung geschehn können. Wie sie aber mit jener Restitution zu reimen sey, ist mir vollends räthselhaft.

Allerdings hat die Stelle ihre grossen Schwierigkeiten, besonders deshalb, weil fast alle Zeichen als bestimmte Worte obgleich ungewiss gelesen worden sind und durch diesen neckischen Schein einer abgemachten Sache den Kritiker blenden. Lässt man sich indessen hierdurch nicht irren und hält einige hier offenbar nicht zu entbehrende Kühnheit zu Gute, so möchte sich wohl folgende Restitution rechtfertigen lassen.

*Quid ergo est? licet fmae (feminae) secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen Praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur. n̄ (nam) efficiuntur sine re petita bonorum possessione pī (proinde) ac si p̀ter (praeter) feminas etiam masculus interesset.*

*licet feminae*] Aus der Handschrift wird berichtet *li* und dann entweder *quae* oder *cetae*. Wie ich glaube, steht in derselben *lic. fmae* oder *lic. feae* welches beydes *licet feminae* bedeutet. Das Wort *feminae* kann übri-

gens deshalb nicht wohl entbehrt werden, weil Gaius in diesem und dem folgenden Paragraphen keineswegs von allen Personen, welche nach Civilrecht, wenn sie übergangen sind, das *ius accrescendi* haben, spricht, sondern blos von den Frauen. In §. 126. heisst es ja ausdrücklich *non plus nancisci feminas per bonorum possessionem etc.*

*nam — interesset*] Blume beschreibt diese ganze Stelle in der Handschrift ungefähr so: *et*(?) *effi*(?)-*c*(?)*e*(?)*r*(?)*etur sine re pri*(?)*t*(?)*e*(?)*t*(?) *bonorum possio fieri* (oder *dari*) *n fii* (oder *in*) *terfa****ias et. masculus interesset* [81]) woraus jeder durch Vergleichung abnehmen mag, wie viel in der obigen Restitution mit diesen Zügen übereinkommt oder von ihnen abweicht. Freylich ist des Letztern, wenn man auf das Einzelne eingeht, nicht wenig. Bey der Ungewissheit der meisten Buchstaben aber kommt es besonders nur auf die Anzahl der Zeichen und die Anfangsbuchstaben jedes Worts an. Dass *possio* statt *possione* in der Handschrift steht, scheint Fehler des Abschreibers selbst zu seyn. Man müsste denn annehmen, dass die Worte *etur* vor *sine re* unrichtig und statt *efficiuntur* zu lesen sey *efficit eos.*

Den Sinn anlangend, so will Gaius offenbar erklären, wie es komme, dass die übrigen Kinder ausser den Söhnen, und zwar nahmentlich die Kinder weiblichen Geschlechts, welche gewöhnlich schlechter daran sind, als die männlichen, obgleich sie civilrechtlich nur das *ius accrescendi* haben, doch dem praktischen Resultat nach bis dahin die ganze Erbschaft den eingesetzten Erben entzogen. Dieses bewirkte die *contra tabulas bonorum possessio*, in welcher der Prätor alle Kinder schlechthin den *extranei heredes instituti* vorzog und zwar so, dass sie das Vermögen wirklich

---

81) Ich muss hier wie bey andern Gelegenheiten, wo zur Bequemlichkeit des Lesers das ungefähre Bild der Handschrift vorgeführt wird, bitten, doch die Göschensche Ausgabe nachzusehn, weil der Mangel an Typen für Abbreviaturen oder blosse Zeichen etwas Vollständiges und ganz Genaues zu liefern unmöglich machte. Der aufmerksame Leser wird schon bemerkt haben, dass statt der blossen Zeichen jedesmal die ihnen am meisten gleichenden Buchstaben gesetzt worden sind.

erhielten. Daher sagt er, die von Frauen verlangte *c. t. b. p.* mache die eingesetzten Erben eben so *sine re*, als wenn auch ein Kind männlichen Geschlechts, d. h. ein Sohn unter ihnen wäre, welcher nähmlich schon nach Civilrecht die *extranei heredes instituti* gänzlich ausschliessen würde. An dem Ausdruck *sine re efficiuntur heredes instituti* wird Niemand Anstoss nehmen, denn obgleich der Gegensatz *cum re* und *sine re* gewöhnlich bey der *b. p.* vorkommt, so hat er doch einen ganz allgemeinen Sinn und kann ohne Zweifel auch von solchen *heredes* gebraucht werden, welche den blossen Nahmen ohne den Inhalt der Erbschaft haben [82]).

### *Comm.* II. §. 127.

*Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim* — 23 *stell.* — *potest exheredari.* —

In der Lücke, welche so beschrieben wird: *ex*dari anteaustan****n* schlägt Blume vor zu lesen: *exheredari debet, nam inter ceteros non potest exheredari;* was auch Göschen zu billigen scheint, nur dass er statt *exheredari debet* im Anfange wünscht *exheredandus est.* Mir scheinen diese Lesarten sich zu weit von den Zügen der Handschrift zu entfernen, die vielmehr auf folgende Ausfüllung führen:

> *Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari ante h'dis īstitutioñ.* (*heredis institutionem*) *potest.*

Freylich muss nun das letzte *exheredari* wegfallen (oder wenn man lieber will das erste) welches aber auch sehr leicht aus Irrthum geschrieben werden konnte, weil dasselbe Wort kurz nacheinander in ähnlichen Verbindungen mehrmahls vorkommt. Denn unmittelbar darauf folgt: *nominatim autem exheredari videtur etc.* Was nun aber unsern Vorschlag noch besonders unterstützt, ist ausser der Richtigkeit der Sache, dass Gaius im folgenden von der Exheredation der übrigen Kinder handelnden Paragraphen, der zu

---

82) Cuiacius *ad L. penult. Unde liberi in lib. VI Respons. Papin.* führt aus *Ambros. lib. IX Epist.* an: *Sunt heredes sine re, sunt et cum re.*

dem unsrigen überhaupt ein directes Gegenstück bildet, ebenfalls von dem Act der *inter ceteros exheredatio* spricht und ihn als den gerade entgegengesetzten der *nominatim facta* bezeichnet [83]). Ueber die Sache ist vorzüglich zu vergleichen *Ulp. L.* 1. *pr. de hered. instit. Qui testatur ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti: licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit. Nam D. Traianus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare. Id. L.* 3. §. 3. *de lib. et postum. Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est.* Wegen dieser letztern Eigenschaft empfahl sich dieser Platz für die Exheredation ganz vorzüglich; denn sonst hätte man die Exheredation nach jedem *gradus* wiederholen müssen. Weil aber die Enterbung vor aller Erbeseinsetzung nicht schlechthin nothwendig war, sagt Gaius mit Recht nur: *potest nominatim exheredari.* Die Gültigkeit einer solchen Enterbung im Anfange des Testaments lässt sich übrigens auch ohne das Rescript von Trajan nicht in Zweifel ziehn. Entfernung des *suus heres* von der Erbschaft, damit dem einzusetzenden Erben Platz gemacht werde, und Einsetzung dieses Erben, damit die Mancipation der Familie nicht leer bleibe, sind zwey sich gegenseitig bedingende Handlungen, welche sich nur so zu einander verhalten, wie die beyden Seiten eines Blattes. Daher ist es auch einerley mit welcher von beyden begonnen werde und es muss nur beydes in solcher Beziehung auf einander stehn, dass es als eine Einheit hervortritt.

### *Comm.* II. §. 142.

*Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset.* —

Statt *probatur* hat die Handschrift freylich *puat̄*. Die Folge der *tempora* fordert aber auf jeden Fall das Imper-

83) Nach Göschens sehr plausibeler Restitution: — — *velut hoc modo: ceteri exheredes sunto: quae verba post institutionem heredum adiici solent.*

fectum, welches durch blosse Gemination (*puauaf. i. e. probabatur*) herauszubringen ist. Denn sollte der Satz, welcher den zum Grunde liegenden Fall enthält, als noch jetzt vorkommend, in der Gegenwart ausgedrückt seyn, so müsste es auf jeden Fall auch nachher heissen *ducta sit*, *natus sit*.

## *Comm.* II. §§. 188 et 189.

*Cum libertate vero heres institutus siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber atque necessarius heres. si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. quodsi alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet et ea ratione per eum dominus fit heres: nam ipse alienatus neque heres neque liber esse potest.* §. 189. *Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet. si vero alienatus fuerit ab eo aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam adeat, debet iussu novi domini cernere. si manumissus est antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

In diesen Paragraphen, welche mit §. 1. *I. de hered. instit.* fast überall zusammentreffen, hat der Herausgeber ausser mehren andern Stellen auch die gesperrt gedruckten, welche in der Handschrift nicht gelesen werden konnten, aus den Institutionen herübergenommen. Im Allgemeinen ist hiergegen natürlich nichts zu erinnern; nur in Betreff des Worts *adire* in §. 188. und vielleicht auch *adeat* in §. 189. zweifele ich sehr, ob nicht Gaius vielmehr *cernere* — *cernat* geschrieben habe. Gaius belehrt uns 2, 167. und auch früher schon konnten wir es aus andern Stellen [84])

84) *Consult. tit.* 6. wo in einer Constitution von Diocletian und Maximian aus dem *Hermog. C. pro herede gerere*, *cernere* und *b. possessionem petere* als Antretungsarten für denselben Fall zusammengestellt werden. Eben so *cernere*, *adire* und *b. p. petere in L. 2. §. 4. Th. C. de integr. restit.* Vgl. ausserdem *L.* 1. *Th. C. de cret. et b. possess. L.* 1. 2. 4. 5. 8. *Th. C. de matern. bon.* Ueber die Neuern Schilling Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 78 flg. Not. 183.

und aus der Natur der Sache schliessen, dass eine jede Erbschaft durch *cretio* gültig angetreten werde. Daher darf es uns nicht wundern, das Wort *cernere* auch in solchem Zusammenhange zu finden, wo nicht gerade von einer *heredis institutio cum cretione* die Rede ist. Indessen wird doch, wenn überhaupt nur das Erbwerden bezeichnet werden soll, ohne dass es auf die Art wie? besonders abgesehn wäre, wohl durchgängig der allgemeine Ausdruck *hereditatem adire* gebraucht. Wenn daher bey der Einsetzung eines Sclaven, ohne dass gerade eine *institutio cum cretione* vorausgesetzt wäre, mehrmals bey Gaius der Ausdruck *iussu domini cernere* gebraucht und dem *suo arbitrio adire* des Freygelassenen, wie es scheint, entgegengesetzt wird — was in §. 187 und 189. [85]) offenbar geschieht — so muss dieses auffallend erscheinen und irgend eine Eigenthümlichkeit des Falles, wo ein *homo alieno iuri subiectus* antreten soll, vermuthen lassen. Noch bestärkt werden wir in dieser Vermuthung, wenn wir aus dem *Th. C.* erfahren, dass nach älterm Rechte, wenn ein *filiusfamilias* irgend eine Erbschaft *iussu parentis* erwerben sollte, dazu das *cernere* selbst nothwendig war [86]) und diese Nothwendigkeit erst nach und nach von den christlichen Kaisern aufgehoben wurde. Was mag es nun damit für eine Bewandtniss haben? Wie ich glaube, diese. War einem Sclaven oder einem *filiusfamilias* eine Erbschaft deferirt, so fand an und für sich in der Art der Willenserklärung, durch welche der Erwerb erfolgte, kein Unterschied statt, nur dass hier der Herr oder Vater dem berufenen Erben den Befehl zur Erklärung der *voluntas suscipiendae hereditatis* ertheilen musste. Es hat daher keinen Zweifel, dass wenn der Sclav auf Befehl des Herrn entweder cernirte oder einfach die Annahme der Erbschaft erklärte, die Erbschaft nach altem Rechte erworben war. Allein da bey dieser Erbschaftsantretung

---

85) Am Schlusse von §. 187. heisst es nähmlich: *ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini cernere hereditatem.* Vgl. auch 3, 212.

86) Vgl. *L.* 1. *Th. C. de cret. et b. p. L.* 1. 2. 4. 5. 8. *Th. C. citt.*

der Sclave keinen principalen Willen hatte, sondern der Sache nach eigentlich der Herr antrat, so war es wohl sehr natürlich, dass je materieller eine Erbschaftsantretung ihrer Form nach war, desto weniger sie sich für den Sclaven zu eignen schien, und man in der Regel eine formelle Antretung gebrauchte, bey der der Sclav gleichsam blos als tönendes Instrument diente. So war nahmentlich die eigentliche *pro herede gestio* am wenigsten passend, weil sie immer schon voraussetzte, dass der Herr zugleich dem Sclaven die Verwaltung irgend eines zur Erbschaft gehörenden Geschäfts anvertraute, was mit seinem Willen Erbe zu werden an sich gar nicht zusammenhing. Anders war es schon, wenn der Sclav ausdrücklich, aber nicht in Form der Cretion, auf Befehl des Herrn sich erklärte, z. B. *Lucii Titii hereditatem suscipio.* Da indessen, wenn einmal eine ausdrückliche Erklärung statt fand, man von jeher an die *verba cretionis* gewöhnt war, so fiel diese Form mit der der *cretio* so gut wie völlig zusammen und wir finden daher, dass wo diese Begriffe nicht *ex professo* erörtert werden, wie bey **Gai.** 2, 167. 87) blos zwischen *cernere* und *pro herede gerere* als möglichen Antretungsarten unterschieden wird 88). So ergibt sich also, dass für eingesetzte Personen in der *potestas* der Ausdruck *cernere* der natürlichste ist, wenn man nicht etwa den allgemeinen *adire hereditatem* gebrauchen will, obgleich dieser, indem er der Wortbedeutung nach mehr ein materielles Ansichnehmen der Erbschaft als einen blossen Beschluss Erbe zu werden, ausspricht, schon weniger passend ist und besser für solche Personen

---

87) *At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis, heres fieri.* — Merkwürdig ist, dass auch hier der dritte Fall nicht mit *aut* entgegengesetzt, sondern nur mit *vel* verbunden wird. Anders in §. *ult. I. de hered. qualit.* wo die *nuda voluntas* an die Stelle der *cretio* gesetzt ist; die nachher gelieferten Beyspiele vernichten aber den Unterschied zwischen *nuda voluntas* und *pro herede gerere* wieder. Vgl. noch *L.* 1. *Th. C. de legit. heredit.* **Nov.** 1. c. 1. §. 4.

88) So z. B. **Gai.** 2, 176. 177. 178. 166. 3, 85. 87. **Ulp.** 22, 5. 25. 34. *L.* 25. §. 7. *L.* 69. *de acquir. vel omit. hered.* (wo *adire* statt *cernere* gesetzt ist). **Consult.** *tit.* 6.

gebraucht wird, welche *suo arbitrio* Erben werden. In diesem Sinne werden auch in *L.* 2. §. 4. *Th. C. de integr. restit. cernere* und *adire* geradezu einander entgegengesetzt, indem das letztere die Antretung durch *pro herede gerere* bezeichnet.

Hinsichtlich der Stellen des *Th. C.* sieht nun jeder leicht, dass wenn zum Erwerbe der einem *filiusfamilias* deferirten Erbschaft eine *cretio* für nöthig erachtet wurde, dieses lediglich darauf beruhte, dass diese Erwerbart die für einen blos als Instrument des Vaters handelnden Sohn schicklichste war, auch vielleicht durch den beständigen Gebrauch derselben sich in einer an juristischer Denkkraft armen Zeit der Wahn gebildet hatte, der Sohn könne gar nicht anders antreten [89]). Zugleich aber erklärt sich nun auch, warum damals die *cretio* gerade in diesen Fällen abgeschafft wurde. Diese Abschaffung hält nähmlich genau gleichen Schritt mit der Einführung der dem *filiusfamilias* selbst verbleibenden Erbschaftserwerbe (s. g. *peculium adventitium* der Neuern). So wie hierin der Sohn selbst als eigentlicher Erbe gelten sollte, so sollte er auch nicht mehr als blosses Instrument des Vaters antreten, d. h. cerniren, sondern auf gewöhnliche Weise *hereditatem adire*, oder doch die *cretio* nur als gewöhnliche *hereditatis aditio* gelten [90]). Diese Verbindung der *cretio* mit dem vollen Rechte des Vaters sprechen auch die Constitutionen ausdrücklich aus [91]). Später aber wirkte auf die Abschaffung der *cretiones* ohne Zweifel auch die damals allgemein gefühlte Unbequemlichkeit lateinischer Formulare ein und sie wurde nur gerade in der

---

89) Mir ist bis dahin keine Lösung dieser Schwierigkeit bekannt geworden. Denn was *I. Gothofred. ad L. un. Th. C. de cretione* beybringt, die *cretio* sey für *extranci heredes* eingeführt worden und der Vater müsse in Beziehung auf die *materna hereditas* seines Sohnes als *extraneus* betrachtet werden, beruht auf mehrfachen handgreiflichen Irrthümern.

90) So sind *L.* 1. §. 1. und *L.* 2. *Th. C. de bon. matern.* zu vereinigen, von denen jene sagt: *cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis*, die letztere aber anfängt: *Cum ad patrem aliquid ex materna successione interposita cretione pervenerit*, obgleich sie jünger ist.

91) S. *L.* 1. 2. 4. 5. 8. *Th. C. citt.*

Lehre von den *bona materna* deshalb ausgesprochen, weil ausser dieser Anwendung die *cretiones*, die jetzt kein *testator* mehr vorschrieb, gewiss längst ausser Gebrauch gekommen waren. Wenn daher *L.* 8. §. 1. *Th. C. de matern. bon.* sagt: *Cretionum autem scrupulosam solennitatem, sive materna filiofamilias, sive alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus*, so ist diese Verordnung der Sache nach gewiss so allgemein zu verstehn, wie sie in *L.* 17. *Iust. C. de iur. delib.* auch rechtlich erscheint. Dass aber die *cretio* dem Rechte nach in andern Fällen noch gültig blieb, *L. un. Th. C. de cretione*, wo sie als blos für die *materna hereditas* abgeschafft angeführt wird.

Machen wir nun von dem Gesagten eine Anwendung auf unsere Stelle, so müssen wir zwar zugeben, dass die Ausdrücke *adire* — *adeat hereditatem* von dem eingesetzten Sclaven an sich nicht unrichtig sind, wie sie denn Gaius auch anderwärts (2, 87.) und eben so Ulp. 22, 12. 13. wirklich gebraucht hat. Allein weit wahrscheinlicher ist es, dass er an folgenden beyden Stellen sich des Ausdrucks *cernere* bedient habe:

> *si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. quodsi alienatus sit, iussu novi domini cernere hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres.*

und in §. 189.

> *si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem eius, antequam adeat, debet iussu novi domini cernere. si manumissus est antequam cerneret, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

In der letztern Stelle hat das *cerneret* wohl gar keinen Zweifel, da hier dasselbe Wort stehn musste, welches eben von diesem Falle gebraucht war und das *debet iussu domini cernere* zu dem *suo arbitrio hereditatem adire potest* einen offenbaren Gegensatz bildet. Aber derselbe Gegensatz kommt auch in der erstern Stelle vor und so haben Justinians Arbeiter gewiss auch da *cernere* in *adire* umgewandelt.

### *Comm.* II. §. 190.

*Si autem servus alienus heres institutus est, vulgari cretione data, ita igitur dies cretionis cedent si ipse servus scierit, se heredem institutum esse, nec ullum impedimentum sit, quominus certiorem dominum faceret, ut illius iussu cernere possit.*

Hier ist *igitur* offenbar unpassend und *dies cretionis cedent* mindestens ungewöhnlich, da man in der Regel im Singular sagt: *dies cedit, venit* [92]) und auch bey der *cretio dies* meistens für die Frist der ganzen *cretio* gesetzt wird, vgl. *Gai.* 2, 166. 168. *Ulp.* 22, 30. 36. Da nun in der Handschrift gar nicht *cedent si* steht, sondern die vier letzten Buchstaben nicht haben gelesen werden können, so trage ich kein Bedenken, zu schreiben:

*ita intelligitur dies cretionis cedere, si ipse servus scierit etc.*

Wahrscheinlich waren in einer frühern Handschrift die ersten beyden Sylben des Worts *intelligitur* mit der Abbreviatur für *inter* geschrieben und da der Abschreiber diese nicht verstand, liess er sie und den folgenden Buchstaben weg, um ein ihm bekanntes Wort zu gewinnen. Gaius sagt aber *intelligitur cedere* und nicht *cedit* geradezu, weil die Rechtsmeinung zur Frage steht, die man darüber haben soll, ob hier auf die Wissenschaft des Herrn, der erwirbt oder des Sclaven, der zum Erben eingesetzt ist, zu sehn sey. Es kommt übrigens auf die des Sclaven an, weil dieser allein die Erwerbhandlung vornimmt, die hier in der vorgeschriebenen *cretio* besteht, und der *iussus* des Herrn blos als eine Eigenschaft jener Erwerbhandlung anzusehn ist. Eben so auch bey der *bonorum possessio. Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet*, sagt Paulus *L.* 3. *quis ordo in possess.*

---

92) Beyspiele dafür brauchen wohl nicht angeführt zu werden. Ein Beyspiel für den Plural ist: *L.* 7. §. 2. *de B. P. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.* Vgl. dagegen *L.* 9. 10. 14. *eod.*

Comm. II. §. 210.

— *cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest.* —

Aus demselben Grunde, wie oben 2, 60. ist auch hier zu schreiben *possit.* Umgekehrt ist in

Comm. II. §. 218.

statt

*nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent; non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur*

zu schreiben *debentur.* Und bald darauf statt

*quod eidem aliis verbis recte legatur*

vielmehr *legetur.* Der Abschreiber hat hier die ganze Rede, welche relativ war, direct gemacht.

Comm. II. §. 235.

— *sed et, si heres verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X Titio dari iusserit, poenae nomine legatum* — 5 stell. — *itaque ex ipsa definitione multas similes species* — 6 stell. — *fingere possumus.*

Dem Anakoluth, woran dieser Satz im Anfange offenbar leidet, hat Klenze auf eine sehr einfache Weise abgeholfen, indem er die Worte *quis, si* so einschiebt:

*sed et si quis, si heres verba gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X Titio dari iusserit, poenae nomine legatum erit.*

Uebrigens würde ich daran keinen Anstoss nehmen, dass ausserdem *iusserit* kein Subject haben würde, wovon es regirt wird. Denn da unmittelbar vorher Beyspiele dieser Art angeführt sind: *si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X milia Seio dato* u. s. w. so schwebt dem Leser von selbst das Subject *is, qui hoc modo scribit* oder *testator* vor. Aus diesem Grunde glaube ich auch, dass im §. 238.

*velut si ita legatum sit: QVI PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, EI HERES MEVS X MILIA DATO. idem iuris est si generaliter omnibus legaverim, quicumque ad funus meum venerint.*

wo die Handschrift *legaverit* hat, dieses beybehalten und so gelesen werden müsse:

*idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit, QVI-CVMQVE AD FVNVS MEVM VENERINT.*

um so mehr, da Gaius in der Materie von Testamenten seine Beyspiele überall ganz allgemein ausdrückt, d. h. entweder mit dem Passiv: (*si ita legatur, scriptum est* u. s. w.) oder mit *si quis* oder mit der ersten Person des Plurals im Activum (*si ita legamus* u. s. w.), nirgends aber mit der ersten oder zweyten Person des Singulars, die auch, wie jeder, der für dergleichen Sinn hat, zugeben wird, in diesem Falle das Gefühl verletzen würde [93]).

Doch um auf unsere Stelle zurückzukommen, so sind die noch übrigen kleinen Lücken auf folgende Weise auszufüllen:

*poenae nomine legatum erit; et denique ex ipsa definitione multas similes species ulterius fingere possumus.*

Für die erste Lücke gibt Göschen aus der Handschrift an: *legatum **ca(?)d(?) i(?)t(?)a(?)que.* Blume: *legaturuu (vel me, vel ma, vel nn pro uu) a(?) ueN (vel tant pro ueN)que.* Daher wahrscheinlich in der Handschrift geschrieben stand: *legatum* (oder *legatū*) *erit et deni|que.* Unzweifelhaft wird diese Lesart, wenn man §. 238. vergleicht, wo es auch, nachdem mehre Beyspiele angeführt sind, heisst: *et denique aliae multae huiusmodi species sunt.*

In der zweyten Lücke zeigt die Handschrift nach Blume ungefähr folgende Schriftzüge: *ūo|ri* (oder *s*) *a* (oder *u* nach Göschen) *s.* Ohne Zweifel eigentlich: *ulte|rius*, das *e* am Ende der Zeile ist aber unsichtbar geworden. Ueber diesen Gebrauch von *ulterius* bey Gaius ist zu vgl. 3, 184. — *alii adhuc ulterius tamdiu manifestum furtum esse dixerunt.* 4, 129. *Quarum omnium adiectionum usum interdum*

93) Denselben zarten Unterschied in der Art die Beyspiele in den den Tod Jemandes voraussetzenden und in den übrigen Materien auszudrücken, findet man auch bey Ulpian und gewiss auch bey allen übrigen Röm. Juristen.

*etiam ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introduxit.*

### *Comm.* II. §. 241.

*Postumo quoque alieno inutiliter legatur. est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus* — 21 stell. — *est eius* — 28 stell. — *uxor extraneus postumus patri contingit.*

Klenze hat die Lücken so ausgefüllt: *extraneus postumus avo erit, quod non futurus est eius in potestate; item si soluto matrimonio conceperit uxor etc.* Die Worte *postumus avo* haben kein Bedenken, weil sie in der entsprechenden Institutionenstelle §. 26. *I. de legat.* stehn. Unrichtig ist aber schon *erit*, weil das *contingit* des folgenden Beyspiels auch hier das Präsens verlangt. Auch heisst es in den Institutionen nicht (wie Klenze und Böcking edirt haben) *extraneus postumus avo erat*, sondern *extraneus erat postumus avo.* Der nun folgende Gedanke *quod non futurus est eius in potestate* ist durchaus unzulässig; denn das hiesse so viel als *quod non est inter suos heredes* und so wäre in den Satz, welcher aus einem aufgestellten Grunde schlechthin folgern soll (*ideoque*) wieder der Grund hineingebracht worden. Auch ist nicht abzusehn, warum Justinian diesen Satz, der zu seiner Zeit noch vollkommen praktisch war, hätte weglassen sollen. Endlich das nun folgende Beyspiel *item si soluto matrimonio conceperit uxor* ist theils unrichtig ausgedrückt, weil doch unmöglich eine Ehefrau welche keine Ehefrau mehr ist, gedacht werden kann, theils an sich unpassend, da es keinem auch noch so unjuristischen Kopfe entfernt einfallen wird, ein solches Kind für einen *postumus* zu halten. Warum sollte auch Justinian, der doch nicht klüger war, als Gaius, dieses noch praktische Beyspiel ausgelassen haben? Zuletzt ist noch zu bemerken, dass der ganze letzte Theil dieser Restitution nicht die entfernteste Aehnlichkeit mit den Schriftzügen der Handschrift hat, auch wenigstens noch einmal so viel Raum erfordert, als in dieser sich vorfindet.

Schon Hollweg hat vor *est eius* in den Schriftzügen die Wörter *in utero* erkannt. Hierauf weiter bauend lese ich die ganze Stelle so:

*ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus ē p'umus (est postumus) av|o. it. q̄ (item qui) in utero est eius, q̄ (quae) conubio n̄ +uenien-te (non interveniente) du|cta ē (est) uxor, extraneus postumus patri contingit.*

Wer die von Göschen und Blume referirte Schrift des Codex, deren Mittheilung hier wegen Mangels an den erforderlichen Typen nicht wohl geliefert werden kann, genau vergleicht, wird diese Restitution vollkommen bestätigt und besonders die deutlichen Spuren von *interveniente ducta est* finden. Ausserdem ist dieses Beyspiel durchaus passend und im Geiste der damaligen Iurisprudenz, wie umgekehrt es für Justinians Zeiten, wo die Lehre vom *conubium* fast gar nicht mehr vorkam, unpassend geworden war und daraus dessen Weglassung in Justinians Institutionen sich von selbst erklärt.

---

## *Commentarius* III.

### *Comm.* III. §. 42.

*Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum quod ad locupletiores libertos pertinet. cautum est enim ea lege, ut ex bonis eius qui sestertiorum* — 29 stell. — *patrimonium reliquerit, et pauciores quam tres liberos habebit, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur.*

Klenze macht zu der Lücke die Bemerkung: *E vestigiis cod. Ver. restituendum videtur „nummorum milia centum, si post militiam fecerit testamentum.“* Allerdings haben die Züge, welche Göschen berichtet, einige Aehnlichkeit mit dieser Restitution, wenn man annimmt, dass die drey ersten Wörter abgekürzt *n̄. m̄. c̄.* geschrieben gewesen seyen, obgleich sich die Abkürzung *n̄* für *numorum* in unserer Handschrift nicht findet. Aber welchen Sinn gibt dieser Satz? Abgesehn davon, dass Justi-

nian, welcher in §. 2. *I. de success. libert.* dieses Recht der *lex Papia Poppaea* aus unserer Stelle referirt, von einer solchen Beschränkung nichts weiss, sondern blos sagt: *qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat*, wie kann Gaius hier ausschliesslich den Fall eines hinterlassenen Testaments voraussetzen, da gleich nachher folgt: *sive is testamento facto sive intestato mortuus erit?* wie sollte ferner die *lex Papia Poppaea* auf den Gedanken gekommen seyn, gerade Soldaten, die sonst von dieser Zeit an mit Privilegien überhäuft werden, und noch obendrein ausgediente Soldaten mit dieser Strafe zu belegen? Wie konnte endlich Gaius, den Satz blos grammatisch betrachtet, sich so schlecht ausdrücken? Gewiss Gründe genug, diesen Wiederherstellungsversuch zu verwerfen.

Ich schlage vor:

*qui sestertiorum nu|morum c milium plurisve patrimonium reliquerit*, *et pauciores etc.*

Das Wort *plurisve* steht fast ganz deutlich in Göschens Relation. Statt *milium* gibt der Bericht *militia*, welches jenem Wort so sehr gleicht, dass es leicht für jenes gelesen werden konnte. Die Zeichen für *nu* in *numorum* sind auch durchaus entsprechend [94]; der übrige Theil des Worts besteht in dem Bericht aus lauter zweifelhaften Buchstaben, die aber ebenfalls zu den beyden letzten Sylben *morum* desselben sich wohl schicken. — Der Zusatz *numorum* könnte überflüssig erscheinen; aber es ist zu bemerken, dass Gaius überall den Inhalt der angeführten Rechtsquellen sehr genau und möglichst mit Beybehaltung der eigenen Worte derselben wiedergibt [95]. Im Gesetz aber stand ohne Zweifel, wie fast in allen urkundlichen Acten nicht blos *sestertiorum*, welches ja zunächst ein ganz allgemeiner Maassausdruck war, sondern *sestertiorum nummorum*. So heisst es auch unten 4, 95. *eaque sponsio fit sestertiorum CXXV nummorum fit* (nach der Göschenschen Lesart) mit Hin-

---

94) Wegen des Strichs darüber vgl. *Gai.* 4, 93. *vers.* 10. *in fin.*

95) Ganz vorzüglich ist dieses unter Anderm zu erkennen in seiner Relation von den Verordnungen der *lex Furia Caninia* 1, 43. wenn man sie mit den Relationen von Ulpian und Paullus vergleicht.

zufügung des Gesetzes, welches diese Summe vorgeschrieben. Vgl. 4, 93. Aus demselben Streben nach Genauigkeit ist auch der Zusatz *plurisve* zu erklären; denn sonst hätte man sagen können, wer 110,000 Sestertien hinterlassen habe, falle nicht unter die Vorschrift des Gesetzes. (Vgl. auch 4, 14.) Justinian, dem an solcher Genauigkeit nichts gelegen war, liess sowohl *numornm* als *plurisve* weg.

### *Comm.* III. §§. 45 *et* 46.

Es möchte gewagt erscheinen, auch in solchen Stellen eine Restitution zu versuchen, und noch gewagter, die gefundene für sicher auszugeben, in welchen ausser wenigen Worten nichts hat gelesen werden können. Allein da die Sprache der Römischen Jurisprudenz eine so feststehende ist, dass ein bestimmter Gedanke nur gerade so und nicht anders ausgedrückt zu werden pflegt, so braucht man nur zu wissen, wovon die Rede ist, um eine wahrscheinliche Restitution mit leichter Mühe aufzufinden, und durch die verblichenen Züge der Handschrift einigermassen unterstützt zu werden (wie in unserer Stelle der Fall ist), um selbst für die Wahrheit der Restitution mit grosser Sicherheit einstehn zu können. So glaube ich denn folgende Wiederherstellung dieser beyden Paragraphen für ziemlich sicher ausgeben zu dürfen, obgleich in derselben bis dahin nur die wenigen durch den Druck nicht hervorgehobenen Worte gelesen wurden:

*Quae autem diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni et de nepote ex filio et de pronepo|te ex nepote filio nato prognato.* §. 46. *Filia uero patroni et neptis ex filio et proneptis ex nepote filio nato prognata idem quidem ius habet quod lege XII tabularum patrono datum est. praetor autem vocat tantum masculini sexus patronorum liberos. ut uero filia contra tabulas testamenti liberti aut ab intestato contra filium adoptivum uel uxorem nurumue dimidiae partis bonorum possessionem petat, trium liberorum iure lege Papia consequitur. aliter hoc ius non habet.*

Wegen des Sinnes berufen wir uns auf *Ulp.* 29, 4 *et* 5. der nach gewohnter Weise zwar denselben Gedankengang beybehalten aber des Gaius Weitläuftigkeit in seine Kürze zusammengezogen hat. Die Stelle lautet nähmlich bey ihm so: *Liberi patroni virilis sexus eadem iura in bonis libertorum parentum suorum habent, quae et ipse patronus. Feminae vero ex lege quidem duodecim tabularum perinde ius habent, atque masculi patronorum liberi.* §. 5. *Contra tabulas autem testamenti liberti aut ab intestato contra suos heredes non naturales bonorum possessio eis non competit. Sed si ius trium liberorum habuerunt, etiam haec iura ex lege Papia Poppaea nanciscuntur.* Wir wenden uns nun zur Rechtfertigung des Einzelnen.

*filio*] Schon Göschen vermuthete *filiis*. Allein die letzten Buchstaben dieses Worts sind ganz unlesbar und zu der Zahl der Buchstaben passt selbst *filio* besser.

*et de nepote ex filio*] Dieses findet am wenigsten Unterstützung in der Handschrift, weil so wenig und nichts sicher in derselben hat erkannt werden können. Göschen berichtet: ****s* dpne**i***s*

*et de pronepo|te ex nepote filio nato prognato*] Diese Stelle kann man ziemlich deutlich in den Zügen der Handschrift verfolgen:

*ii *e piionem(?)|********** c**onn* pr****a to.*

*Filia*] Folgt deutlich auf *to: fiiia.*

*patroni et neptis ex filio et*] *Sched.: patro|**i oi — — — t.* Wahrscheinlich stand geschrieben: *patro|niē-neptīs ex fil. et*

*proneptis ex nepote filio nato prognata idem*] *Sched.: pronos****** nepote filio n***pr — — —* Ueber diese ganze Art einen Urenkel oder eine Urenkelin durch Mannesstamm zu bezeichnen vgl. man *Gai.* 3, 2 und 58. in welcher letztern Stelle es gar nicht zweifelhaft ist, dass man mit Göschen lesen muss *ex nepote filio nato* und nicht *ex nepote prognatos.*

*ius habet quod*] Es fehlen ungefähr acht Buchstaben; also mochte geschrieben stehn: *iushabetq.*

*patrono*] Die Handschrift hat *patroni*, woraus Gö-

schen *patronis* gemacht hat; allein da überall der Berechtigte im Singular erwähnt wird und die zwölf Tafeln den *patronus* nannten (*Fragm. iur. Rom. Vatic.* §. 308.) so ist *patrono* vorzuziehn. Noch ist zu bemerken, dass Gaius, wie überall, so auch darin hier genauer ist, als Ulpian, dass er nicht wie dieser sagt, diese Kinder hätten nach den zwölf Tafeln dasselbe Recht gehabt, wie die männlichen Kinder des Patrons, sondern sie nur überhaupt auf das Recht des Patrons aus den zwölf Tafeln zurückführt. Denn die männlichen Kinder des Patrons waren eben so wenig in dem Gesetz erwähnt, als die weiblichen *Fragm. l. c.*

*praetor autem vocat tantum masculini sexus*] *Sched.: prii***oc****ii*****mii** sex**
Das Wort *sexus* hat schon Göschen entziffert. In der Handschrift stand ungefähr so: *pr at. uocat tt. masculini sexus*

*ut uero filia contra tabulas*] *Sched.: ***popili*uiicii*c** In der Handschrift stand: *ut ūrofiliaztabulas*

*aut ab intestato contra filium*] *Sched.: a b — — — iipapı**co* In der Handschrift stand: *ā abintestato 7trafilium* Man vergleiche besonders hier die oben citirte Stelle des Ulpian und Gai. 3, 49. *nec enim ut contra tabulas testamenti, in quo praeteritae erant, vel ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis dimidiae peterent etc.*

*uel uxorem nurumue*] Diese Worte hat schon Göschen erkannt. Man vgl. über dieselben 3, 41. und vorzüglich die eben citirte Stelle 3, 49.

*dimidiae partis*] Das letzte Wort ist deutlich in den *Sched. pı*pıs* d. h. es stand *partis* so geschrieben, dass das gerade Schluss-*s* zugleich als *i* fungirte. Vor *partis* konnte nichts anders als *dimidiae* stehn. *Sched.: *in oc*n** Vgl. 3, 49.

*petat*] Göschen vermuthet *bonorum possessio competat.* Allein dann müsste oben *filiae* stehn, was nach den Zeichen nicht angeht, und dazu vergl. die Parallelstelle 3, 49.

Wahrscheinlich ist übrigens auch darin wieder Gaius genauer, dass er blos von der *filia patroni* erwähnt, ihr habe die *lex Papia Poppaea* das gedachte neue Recht beygelegt. Ulpian sagt allgemein von den *feminae* (*patronorum liberi*): *si ius trium liberorum habuerunt, etiam haec iura ex lege Papia Poppaea nanciscuntur*, was gewiss nur auf Interpretation beruhte.

*Comm.* III. §. 47.

Die Wiederherstellung dieses Paragraphen siehe in dem Aufsatz über einige zweifelhafte Verordnungen der *lex Papia Poppaea* in Beziehung auf die Succession in die Güter der Freygelassenen oben S. 39 fll.

*Comm.* III. §. 48.

*Ex his apparet, extraneos heredes patronorum longe remotiores* — 9 stell. — *iure* — 3 stell. — *quod* * * *in intestatorum bonis vel contra tabulas testamenti patrono competit.*

Göschen bemerkt zu dieser Stelle: *Sententia, quantum intelligere possum, haec est: extraneos patronorum heredes in bonis liberti nihil iuris habere.* Allerdings sollte man dieses als Inhalt einer an diesem Ort gemachten Bemerkung vermuthen, da theils der Ausdruck *extranei heredes patronorum* dem natürlichsten Sinne nach von den Testaments- und Intestaterben der Patrone zu verstehn ist, welche wirklich gar kein Recht am Vermögen des *libertus civis Rom.* haben, theils wegen des Gegensatzes der *Liberti Latini*, deren Güter blos die Erben des Patrons an sich ziehn, eine solche Bemerkung hier sehr passend gewesen wäre. Allein der Ausdruck *remotiores* deutet an, dass Gaius hier nicht von solchen redet, die gar kein Recht, sondern die nur ein schlechteres haben als der Patron und dessen Kinder und dass folglich die *extranei heredes* hier nur im Gegensatz der Kinder des Patrons von andern Verwandten oder sonst *ab intestato* zu dessen Erbschaft Berechtigten verstanden werden dürfen; ein Sinn, der da wo vom Intestaterbrecht die Rede ist, wenigstens nicht unnatürlich genannt werden

kann [96]). Dieses vorausgesetzt, so scheint Gaius vielmehr das hier haben ausdrücken wollen: die Agnaten und Cognaten, Patronen und *parentes manumissores* des Patrons hätten ein weit entfernteres Recht der *bonorum possessio*, als welches dem Patron zustehe, wie dieses ja aus dem System der sieben *b. possessiones intestati* allgemein bekannt ist. Auf welche Weise hätte nun dieser Gedanke in diesem Paragraphen ausgedrückt werden können? Göschen beschreibt die Handschrift ungefähr so: *remoti***s boii***ue iure iri oi* quod *e.* Klenze hat vorgeschlagen: *remotiores ab omni eo iure esse, quod vel in etc.* Allein diese Ergänzung gibt einen falschen Sinn, weil damit gesagt wäre, die *extranei heredes patronorum* hätten das Recht des Patrons an den Gütern des *ab intestato* oder mit einem unbilligen Testament verstorbenen Freygelassenen erst in einer weit grössern Entfernung als der Patron, während sie doch die *contra tabulas b. p.* gar nicht haben. Auch ist diese Restitution, wie jeder sieht, den Zeichen der Handschrift nicht ganz angemessen. Ich glaube vielmehr, dass in der Handschrift so geschrieben stand:

*extraneos heredes longe remotioris bp'ssionis iure uti q.m (quam) quod ed. (edicto) in intestatorum bonis vel contra tabulas testamenti patrono competit.*

Das Wort *bonorum possessionis* ist wohl ganz unzweifelhaft, mit ihm ergibt sich aber das Uebrige von selbst. Auch ist *iure aliquo uti* für: in einem günstigen (subjectiven) Rechtsverhältnisse stehn, ein häufiger Ausdruck (vgl. *Brisson. de V. S. v. Uti num.* 9.), dessen sich selbst Gaius in seinen Institutionen anderwärts bedient, z. B. 3, 73. *si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia vel ex SCto, si Latini mansissent, civitatem Romanam consequerentur.* Die Erwähnung des Edicts könnte überflüssig erscheinen; allein da Gaius blos die Edictsrechte des Patrons mit der blos auf dem Edict beruhenden *b. p. intestati* der *extranei*

---

96) Dabey ist auch noch in Anschlag zu bringen, dass *heredes* im ursprünglichen Sinne blos die Intestaterben waren; denn durch den Willen des Verstorbenen ward man ursprünglich *familiae emptor*.

*heredes* vergleichen konnte, so musste er allerdings dieses beschränkende Wort hinzufügen.

Noch fragt es sich, in wiefern Gaius sagen könne: *ex his apparet*, da bis dahin von den *b. possessiones* der *extranei heredes patroni* gar nicht die Rede gewesen zu seyn scheint? Allein wir müssen umgekehrt aus diesen Worten schliessen, dass Gaius allerdings von diesen *b. possessiones* bereits und zwar oben hinter §. 33. gesprochen habe. Zwar verweist er dort auf ein eigenes Werk über diese Materie, aber ohne Zweifel nur um damit zu entschuldigen, warum er sie hier so kurz darstelle. Dass er aber dort wirklich auch die einen Freygelassenen als Erblasser voraussetzenden *b. possessiones* angeführt habe, beweisen noch die daselbst im Anfange einer Zeile lesbar gebliebenen drey Worte: *post eam vocat*, worauf am Ende derselben Zeile *uxorem* folgt, Worte die in der Rangordnung der *intestati b. possessiones* sich nur auf die nach der *familia patroni* folgenden Classen beziehen können [97]). Hierauf zurückweisend konnte er nun allerdings behaupten, es gehe aus dem eben Gesagten hervor, dass die, welche nicht *sui* des Patrons wären und folglich nicht gleiches Recht mit ihm hätten, erst bey weitem später die *b. p.* angebothen erhielten, als der Patron mit den Seinigen. Auch erklärt sich auf diese Weise allein, wie *Gai.* 3, 51. ohne weitere Erläuterung sagen konnte: *si vero vel huius vel illius capitis deminutio interveniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure capitis deminutione perempto, evenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.*

### *Comm.* III. §. 53.

Eine Emendation dieses Paragraphen siehe in dem Aufsatze: Ueber einige zweifelhafte Verordnungen der *lex Pa-*

---

97) Vergleicht man *Collat.* 16, 9. *Post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam, item liberos, et parentes patroni et patronae. deinde virum et uxorem, mox cognatos patroni et patronae,* so wird man nicht bezweifeln, dass jene Worte ungefähr so verbunden waren: *post eam vocat patroni patronum, deinde virum et uxorem, postremo cognatos patroni.*

*pia Poppaea* in Beziehung auf die Succession in die Güter der Freygelassenen.

Comm. III. §. 54.

*Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est: alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.*

Nun, Gaius hat doch nicht alle Rechte überhaupt, die es in der Welt gibt, auseinandergesetzt, sondern nur die, welche am Vermögen der *cives Romani liberti* zustehn. Daher ist offenbar etwas ausgefallen, welches man ungefähr so ergänzen könnte:

*Hactenus omnia iura, quae in bonis civium Romanorum libertorum habemus* (oder *nobis competunt*) *per indicem tetigisse satis est:*

oder bescheidener: *Hactenus omnia haec iura etc.* obgleich dieses keinen so guten Gegensatz gegen den folgenden Paragraphen gibt.

Comm. III. §. 56.

— *nam* ** *legis Iuniae lator cum intellegeret futurum etc.*

*Sched.:* *r. *Itaque aut Praetor legendum videtur aut populus Romanus: utraque tamen lectio difficultatibus implicatur;* sagt Göschen zu dieser Stelle. Die erstere Lesart geht nähmlich deshalb nicht an, weil aus andern Gründen als gewiss angenommen werden muss, dass die *lex Iunia* nicht von einem Prätor sondern von den beyden Consuln Junius Silanus und Junius Norbanus rogirt worden sey [98]). Aus demselben Grunde muss auch der selbst der Handschrift widersprechende Vorschlag von Klenze „*nam Pr. Iunius legis Iuniae lator*" verworfen werden. Der zweiten Lesart aber steht entgegen, dass bekanntlich nicht *populus* sondern *magistratus legem fert*, und wenn Justinian einmal §. 15. *I. de lege Aquil.* sagt: *nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno interrogante hanc legem tulit*

98) Vgl. Zimmerns Rechtsgesch. Bd. I. §. 21. Not. 27. S. 72. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

*etc.* dieses für einen alten Juristen nicht als Auctorität gelten kann. Freylich sagt auch Julian *L.* 32. §. 1. *de legib. Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* und hier scheint es allerdings, zumal nach dem Zusammenhange, als ob damals auch Römische Juristen schon den griechischen Begriff νομοθέτης durch *legislator* übersetzt hätten. Auf jeden Fall aber pflegen die Römischen Juristen, wenn sie die Ansicht, von der man bey Abfassung eines bestimmten Gesetzes ausging, erwähnen, immer blos den *legislator* zu nennen, ohne Zusatz, wer dieser gewesen sey, vgl. *Gai.* 3, 75. 76. 218. *L.* 11. *pr. de divort. L.* 12. *pr. qui et a quibus manumissi. L.* 23. §. 2. *L.* 29. §. 6. *ad l. Iuliam de adulter.* auch *Cic. in Catilin.* 4, 5.

Bedenkt man, dass die obige Stelle ausserdem noch an der bis jetzt nicht bemerkten Schwierigkeit leidet, dass zwischen dem Vorhergehenden und diesem Satze durchaus kein Causalzusammenhang statt findet und dass deshalb die Partikel *nam* falsch seyn muss, so wird man wohl keinen Anstand nehmen, die Vermuthung zu billigen, dass ursprünglich geschrieben gewesen ist: *iam vero*, und dass das letzte Wort in unserer Handschrift entweder wider die Regel *ur̄* abgekürzt, oder wenn *ūro* stand, dass *o* unsichtbar geworden ist. Auf alle Fälle erfordert der Gedankengang eine Verbindung gerade durch diese Partikeln mit dem Vorhergehenden.

### *Comm.* III. §. 64.

— — 11 *stell.* — *hoc solum eo senatusconsulto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exheredati non sint, praeferantur extraneis heredibus.*

Göschen bemerkt zu jener Lücke: *Sched.: uer*is* erc*. Sententia exigere videtur: unde apparet.* Gaius hat nähmlich bis dahin die falschen Interpretationen des *SC. Largianum* angeführt und widerlegt und lässt nun die richtige folgen. Allein *unde apparet* weicht zu sehr von den Zeichen der Handschrift ab. Ohne Zweifel ist zu lesen: *uerius ē* (*est*) *ergo*, welches keiner weiteren Rechtferti-

**gung bedürfen wird. Vgl. *Gai.* 3, 183. 193. 194. 4, 1. 60. *Brisson de V. S. v. Verus, a, um. num.* 4.**

## *Comm.* III. §. 67.

*Item ad liberos, qui ab hereditate parentis se abstinuerunt* — 35 stell. — *ab hereditate* * *exheredati nullo modo dici possunt, non magis quam qui testamento silentio praeteriti sunt.*

In der grössern Lücke bemerkt Blume: *n*olum* — — — *ual* — — — *il*lento* — obgleich diese Zeichen ziemlich unsicher seyn müssen, weil derselbe bey einer andern Inspection fast die ganze Zeile als unlesbar bezeichnet hat. Nach *hereditate* soll stehn: *q̄* oder *ū.* Klenze schlägt nun vor: „*abstinuerunt, non minus bona Latini pertinent, quam ad eos qui se non abstinuerunt ab hereditate. Nam exheredati*" *etc.* Allein theils hat jener Satz in der Handschrift nicht hinlänglichen Platz, theils scheint sein Inhalt doch gar zu gedankenarm. Vielleicht entspricht den Zeichen der Handschrift und dem Sinne folgende Ausfüllung:

> *Item ad liberos, qui ab hereditate se abstinuerunt, ex s̄c. (senatusconsulto) latini b̄ ptinent qa (bona pertinent quia) licet alieni habentur ab hereditate, t̄m (tamen) exheredati nullo modo dici possunt etc.*

Den *suus*, der sich abstinirt hat, sieht der Prätor nicht als Erben an, wie Paulus *L.* 12. *pr. de interrog.* sagt: *hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.*

## *Comm.* III. §. 80.

*Neque ** bonorum possess.* — 15 stell. — *pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; *** autem ita demum acquiruntur, si usucapiuntur.* —

Dass in der letzten Lücke *iure Quiritium* oder besser *ex iure Quiritium* zu lesen sey, hat schon Göschen bemerkt. Ueber das Vorhergehende sagt er: *Gaius illud dicere videtur, res quae debitoris fuerint, bonorum possessorum (i. e. creditorum, qui in possessionem missi sunt) emptorumve non statim pleno iure fieri.* Hiernach wären unter den *bonorum possessores* an dieser Stelle und im folgenden Paragraphen die

Creditoren während der Zeit, wo sie im Besitz der Güter sind, zu verstehn. Allein diese Bedeutung kann jener Ausdruck unmöglich haben, theis weil er, kunstmässig, wie hier, gebraucht, immer nur den prätorischen Erben bezeichnet, theils weil bekanntlich die Creditoren durch ihre *missio in bona* keineswegs bonitarisches Eigenthum sondern nur das Recht eines Arrestes an den Gütern bekommen [99]).

Klenze hat folgende Restitution vorgeschlagen: „*Neque autem b. possessione res emptorum pleno iure fiunt.*" Abgesehn davon, dass diese den Zeichen der Handschrift wenig entspricht, sieht man nicht recht, was *b. possessiones* heissen soll. Was es dem Wortsinne nach heisst, die Käufer des Vermögens würden durch dessen Besitznahme bonitarische Eigenthümer, erregt die Vorstellung, als wenn erst dadurch, dass sie den Besitz ergriffen, das Eigenthum auf sie überginge, welches doch, da hier von einer *per universitatem acquisitio* die Rede ist, entschieden falsch seyn würde [100]).

Ich halte es für unzweifelhaft, dass Gaius, der noch nicht von dem Recht der *bonorum possessores* gesprochen hat, an dieser Stelle und im folgenden Paragraphen *bonorum possessores* und *bonorum emptores*, von denen letztere wirklich das Recht der erstern durchaus nachahmen, ebenso zusammenstellt, wie dieses auf ähnliche Weise im vierten Buche §§. 34. 35. und 144. 145. geschehn ist. Ausser der Sache selbst beweist dieses *Theopil.* III, 12. pr., der, was er über die *bonorum emptio* sagt, vorzugsweise aus Gaius geschöpft zu haben scheint, und gegen Ende der citirten Stelle sagt: *καὶ πᾶσαι αἱ ἀγωγαὶ αἵτινες ἥρμοζον τῷ ὑποστάντι τὴν βονόρυμ βενδιτζίωνα, καὶ ὅσαι ἦσαν κατ' αὐτοῦ, αὗται μετεφέροντο ἐπὶ τὸν βονόρυμ ἔμπτωρα. καὶ οὐτιλίως ἐνῆγε καὶ ἐνήγετο, ὥσπερ καὶ ὁ βονόρυμ ποσσέσσωρ. ἀμφότεροι γὰρ πραιτώριοι διάδοχοι. Actionesque*

---

99) *L.* 6. u. 8. *C. de bon. auctor. iud. possid. L.* 3. §. 23. *de acquir. vel amitt. poss.* Vgl. Savigny das Recht des Besitzes §. 23. S. 242. 4te Ausg. *F. C. G. Stieber de bonor. emptione Part. I.* c. 3. §§. 18. *et* 19.

100) Vgl. *L.* 12. §. 1. *de Public. in rem act. L.* 63. *pr. ad SC. Trebell.*

*omnes, quaecunque ei vel contra eum, qui passus erat bonorum venditionem, competebant, hae in bonorum emptorem transferebantur et utiliter vel experiebatur vel conveniebatur, sicut et bonorum possessor. Uterque enim successor praetorius est.*

Gestützt nun auf diese Ansicht von unserer Stelle und auf die Züge der Handschrift, welche so beschrieben werden: *neque au bonorum possessi(?)o(?)ii*qi*(oder *m* statt *qi*)*i*i*(oder *c*)*i?* |*crii(?) pleno iure* glaube ich, dass so zu lesen sey:

> *Neque t̄m* (*tamen*) *bonorum possessor. neq̄. b. eor.* (*possessorum neque bonorum emptorum*) *ea*|*e res pleno iure fiunt.* —

Man könnte auch versuchen: *possessorū emtorumu*|*e res.* Allein dieses liegt weniger im Styl des Gaius und ist auch an sich unpassender; vgl. den folgenden §.

*Comm.* III. §. 81.

*Item quae* — 17 stell. — *aut ipse debuit, neque bonorum possessores neque bonorum emptores ipso iure debent* — 17 stell. — *de omnibus rebus* — 58 stell. — *proponemus.*

Aus der Handschrift wird angegeben in der ersten Lücke: *item q. deui* das Uebrige unlesbar. In der zweyten: *debent dcc* (oder *s*) das Uebrige unlesbar. In der dritten: *rebus u* (oder *q*) *i***scisco* ———————————— *iiiscpu*(oder *o*)*i* ————————————|*ponemus.* Mit Rücksicht auf diese Beschreibung der Handschrift, auf den Sinn und die oben angeführte Stelle des Theophilus kann man die ganze Stelle auf folgende Weise wiederherstellen:

> *Item quae deuitori* (*debitori*) *ā debita s̄* (*aut debita sunt*) *aut ipse debuit, neque bonorum possessores, neque bonorum emptores ipso iure debent deuenturū* (*debenturve*) *ipsis,* | *sed de omnibus rebus utilibus actionibus et conveniuntur et experiuntur, quas inferius proponemus.*

Von dem Wort *deuitori* sind die ersten vier Buchstaben noch sichtbar, eben so von *deuentur* die ersten drey; in der letzten Lücke kann man die Zeichen für *utilibus ac*

und nachher für den mittlern Theil des Worts *experiuntur* noch erkennen.

### *Comm.* III. §. 83.

— 12 stell. — *res incorporales et corporales*, *quaeque ei debitae sunt*, *patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur*, *exceptis iis*, *quae per capitis deminutionem pereunt*, *quales sunt ususfructus*, *operarum obligatio* — 8 stell. — *quae per iusiurandum contracta est et* — 15 stell. — *legitimo iudicio*.

In der ersten Lücke beschreibt Göschen die Handschrift so: *dii**ii ** c**ii*, welche Züge aber alle ungewiss seyen. Er schlägt vor zu lesen: *Nam eo casu;* allein dann entbehren wir eine Angabe der Personen, von deren *res incorporales et corporales* die Rede ist. Also eignet sich wohl besser: *Tum en.* (*enim*) *eius*, welches obige Züge eben so gut gestatten. Die nächste Lücke ist von mehren einstimmig mit *libertorum* ausgefüllt worden. Es ist nähmlich zu bemerken, dass die *operarum obligatio*, welche durch Eidschwur des Schuldners begründet wird, so nothwendig auf dem persönlichen Verhältnisse eines Freygelassenen zu seinem Patron beruht, dass sie, von einem andern eingegangen, nichtig seyn würde [101]). Es folgt daher nothwendig, dass wenn sie von der Person des Patrons getrennt wird und so, nach dem Ausdruck der Römischen Juristen, *in eum casum deducitur*, *unde incipere non potuisset*, sie untergehn müsse. Desgleichen muss sie durch Tod des Patrons untergehn, es sey denn, dass nicht enterbte Kinder desselben vorhanden wären; denn mit diesen dauert das Verhältniss fort [102]).

In der letzten Lücke will Klenze lesen: *peti non solet in.* Aber schwerlich sagt man *petere obligationem* und *petere in legitimo iudicio*, und überdiess begreife ich nicht, was dieser Zusatz bedeuten soll. Denn erstens ist kein entfernter Grund zu der Annahme vorhanden, dass die

---

101) *L.* 56. *pr. de fideiussor. Si quis pro eo, qui libertus non esset et operas praestaturum se iurasset, fideiussor erit, non tenebitur. L.* 7. *pr. de operis libert.*

102) *L.* 4. 7. §§. 6—9. *L.* 22. §. 1. *L.* 29. *de operis libert.*

*operarum obligatio* nicht *legitimo iudicio* hätte eingeklagt werden können (vgl. 4, 109.) Und könnte zweytens dieses bewiesen werden, warum hätte denn Gaius hier davon gesprochen? — Ohne Zweifel bezieht sich dieser mit *et* anfangende Satz nicht auf den unmittelbar vorhergehenden und bildet also nicht mehr eine nähere Bestimmung der *operarum obligatio*, sondern gibt ein drittes und letztes Beyspiel von Sachen, welche durch *capitis deminutio* untergehn. Dem Sinne nach scheint restituirt werden zu müssen:

*et quae continentur* (oder auch *q̄cunq. continent'* oder *consistunt*) *legitimo iudicio.*

so dass der Sinn ist: alle in einem *legitimum iudicium* befangenen Sachen gehn durch *capitis deminutio* des Klägers unter und werden nicht etwa auf den *pater adoptivus* oder *coemptionator* übertragen. Der Grund, aus welchem den *legitima iudicia* diese Eigenthümlichkeit beywohnte, ist, wie ich glaube, folgender. Die Bedeutung eines Processes nach Civilrecht besteht nicht etwa blos darin, dass Jemandem sein Recht gesichert werden soll, so dass der Process weiter nichts als das vor Gericht geltend gemachte alte Recht wäre, sondern er enthält eine eigenthümliche Verknüpfung der staatsrechtlichen Natur des Klägers mit seinem Privatrecht, indem durch die Aufrufung und Einwirkung der vom Staat bestellten rechtsprechenden Obrigkeit das bisherige reine Privatrecht in den Personen der streitenden Theile zu einem zugleich öffentlichen auf die Civität basirten Rechte erhoben wurde. Da nun aber alle öffentlichen Rechte unveräusserlich und von der Familie, der sie anhaften, untrennbar sind, so musste dasselbe auch mit dem Untergange der Familie, welcher ein solches *legitimum iudicium* zustand, folglich durch jede *capitis deminutio* untergehn. In den *imperio continentia iudicia* dagegen beruhte die gerichtliche Geltendmachung eines Rechts nicht auf dem Staat sondern auf der prätorischen Amtsgewalt; deshalb trat auch im Kläger das Recht nicht insofern als der Staat in ihm ist, hervor, sondern es blieb nach wie vor ein reines Privatrecht, welches, wie alle andern Sachen, vom *pater adoptivus* erworben werden konnte.

Auf demselben Grunde beruhte es auch, dass die Frauen zu einem *legitimum iudicium* der *tutoris auctoritas* bedurften, zu einem *imperio continens* dagegen nicht; denn in jenem sollten sie etwas nach der Staats- oder Gesammtnatur in ihnen vornehmen, mithin ein *civile negotium;* nach diesem Theile der rechtlichen Natur aber (*iure civili*) gelten sie für unvollständig und müssen durch den männlichen Theil der Familie ergänzt werden, in dem *iudicium quod imperio continetur* dagegen bleibt diese Saite ganz unberührt und sie können es ebenso für sich anstellen, wie sie allein gültig tradiren können.

## *Comm.* III. §. 84.

Dieser sehr lückenhafte Paragraph ist von Göschen mit bewundernswerthem Scharfsinn so schön und, wenigstens dem Sinne nach, durchaus richtig wiederhergestellt worden, dass nichts mehr zu wünschen übrig bleibt[103]). Doch billigen wir die Bescheidenheit, mit der die Ausfüllungen, die nicht überall mit den freylich sehr ungewissen Zügen der Handschrift übereinstimmen, blos in den Anmerkungen aufgeführt sind. Dagegen hätte in der Stelle gegen Ende des Paragraphen

*tamen in eum eamve ciuilis actio datur*, *rescissa capitis diminutione* —

statt *civilis* wohl unbedenklich das von Göschen bereits vorgeschlagene *utilis* in den Text gesetzt werden können. Nicht nur verlangt diese Aenderung der offenbare Sinn, sondern sie wird auch dadurch gerechtfertigt, dass die Wörter *utilis* und *civilis* auch sonst wohl von den Abschreibern verwechselt worden sind. So sollen in *L.* 1. §. 4. *depos.* — *est enim inutile in caussis huiusmodi fidem frangere*, wo in der Florentiner Handschrift *inutile* steht, andere *incivile* haben, welches auch wohl richtiger ist.

---

103) Klenze will zwar eine Abänderung in Göschens Ausfüllungen treffen; aber jeder dieses Rechtsinstituts Kundige wird einsehn, dass dadurch der richtige Sinn völlig vernichtet und ein falscher Satz an die Stelle gesetzt wird.

## Comm. III. §. 100.

*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris, aut promissoris, obligatio conferatur. nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut PRIDIE QVAM MORIERES, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta, in praeteritum redducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

Dieser Paragraph scheint auf den ersten Blick völlig in Ordnung zu seyn und Niemand hat bis jetzt Anstoss an demselben genommen. Allein dieser Schein verschwindet bald bey näherer Betrachtung. Gaius sagt hier, es sey ungültig zu stipuliren: *cum morieris dari spondes?* und behandelt diesen Fall dem ganz gleich, wo stipulirt wird, *post mortem meam dari spondes?* obwohl er zugleich anerkennt, dass in jenem Falle die Stipulation auf den letzten Augenblick des Lebens verstellt sey. Nach einstimmigem Zeugnisse der Alten aber sind diese beyden Fälle wesentlich verschieden und *cum moriar*, oder *cum morieris, dari spondes?* eben so gültig [104]) wie *post mortem meam* oder *post mortem tuam dari spondes?* ungültig [105]). Nur

104) Für *cum morieris* vgl. *L. 20. de iur. dott.* (wo zugleich der wesentliche Unterschied von dem *pactum: ne a viva exhibeatur* bemerklich gemacht wird) *L. 76. eod. L. 67.* §. 6. *de leg. 2. L.* 121. §. 2. *de V. O. Theophil.* III, 20. §. 14. *L.* 15. §. 1. *C. de contrah. et comm. stipul.* Für *cum moriar L.* 45. §§. 1. 3. *de V. O. Fragm. Vatic.* §. 98. *Theophil. l. c.*

105) §. 13. *I. de inutil. stipul. Theophil.* III, 20. §. 12. *Epit. Gai.* II, 9. §. 7. (Vgl. *L.* 20. *de iur. dott.*) *L.* 11. *C. de contrah. et comm. stipul.* Die Stipulation *Mihi aut post mortem meam Titio* gilt durchaus für den Stipulator und dessen Erben und der dritte ist *solutionis causa adiectus L.* 23. *de pact. dotal.* Die Stipulation *post mortem meam filiae meae dari* bringt der Tochter wenigstens eine *utilis*

wenn ein *facere* stipulirt wird, machte auch schon der Zusatz *cum morieris* (nicht auch *cum moriar*) die Stipulation nichtig, weil das *facere* seiner Natur nach eine positive fortgesetzte Thätigkeit erfordert, die in dem Augenblicke des Sterbens unmöglich ist, während das *dare* theils in einen Moment sich concentrirt, theils der Handlung nach in einem blossen Hinnehmenlassen der Sache von Seiten des Erwerbers besteht[106]). Was sollen wir nun sagen? Hat Gaius den Unterschied zwischen *post mortem meam* und *cum moriar* nicht eingesehn? Oder war man zu seiner Zeit überhaupt noch nicht über die Sache einig? Weder das eine noch das andere kann gebilligt werden. Zuerst ist es doch schon an sich handgreiflich, dass wenn Jemand *cum moriar* stipulirt oder verspricht, er noch seine eigene Person mit der Obligation beeigenschaftet, weil, indem kein Anderer als ein Lebender sterben kann und das Sterben blos die letzte Function des Lebens ist, der Augenblick des Sterbens noch zum Leben gehört und folglich die Ineleganz „*ex heredis persona obligationem incipere*"[107]) nicht eintritt. Zweytens ist uns nicht bekannt, dass diese Wahrheit unter den Römischen Juristen jemals bestritten gewesen wäre[108]). Vielmehr finden wir schon bey Zeitgenossen des Gaius, nahmentlich bey Julianus, Africanus und Pomponius unzweifelhafte Anwendungen von derselben[109]). Und Gaius selbst setzt an andern Stellen, wo er von Obligationen, die aus diesem Grunde ungültig sind, redet, immer ausdrücklich die Stipulationen *post mortem meam* voraus[110]). Aber sogar positiv würde sich Gaius widerspre-

---

*ex stipulatu actio* zu Wege, weil sie der Billigkeit nach als eins mit dem Vater angesehn werden muss *L.* 45. §. 2. *de V. O.*

106) *L.* 46. §. 1. *de V. O. L. ult. C. de contr. et committ. stipul.*

107) Vgl. über diesen Satz ausser unserer Stelle noch *L.* 8. *Th. C. de divers. rescr. L. un. C. ut act. et ab hered. et contr. hered. incip.*

108) Unter den griechischen Philosophen war sie es freylich seit alter Zeit. *Gell. N. A.* 6, 13. Man erinnere sich nur aus Platons Sophisten des schönen Kunststückchens beydes hintereinander zu beweisen, dass wer etwas lerne, das was er lerne schon wisse und dass er es noch nicht wisse.

109) *L.* 20. *de iur. dott. L.* 61. *de manumiss. testam.* wo *cum moreretur* und *ultimum vitae tempus* gleichgesetzt werden.

110) *Gai.* 3, 117. 119. 158.

chen, wenn er die Ausdrücke *cum moriar* und *post mortem meam* hier als gleichgeltend ansähe. Derselbe Grund, aus welchem *post mortem stipulata* nichtig sind, bewirkt bekanntlich, dass auch Legate nicht *post mortem heredis* hinterlassen werden können. Denn nur dem Erben selbst, dem der Erblasser seine *familia* gibt, nicht auch dem Erben des Erben, der von ihm nichts erhält, kann er Auflagen machen oder etwas von der Erbschaft nehmen. Ebendeshalb aber findet sich auch in dieser Anwendung allgemein der Unterschied zwischen *cum heres morietur* und *cum mortuus erit* oder *post mortem heredis*[111]). Dass nun Gaius in dieser Anwendung sich dieses Unterschiedes vollkommen bewusst gewesen sey, beweisen 2, 232 und 277. unwiderleglich. In jener Stelle nahmentlich heisst es: *Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est, hoc modo: CVM HERES MEVS MORTVVS ERIT DO LEGO; aut: DATO. Ita autem recte legatur. CVM HERES MORIETVR; quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: PRIDIE QVAM HERES MEVS MORIETVR. quod non pretiosa ratione receptum videtur.* Also ist der Gegensatz von *post mortem* und *cum morietur* ganz ausdrücklich hervorgehoben. Noch mehr. Gaius würde bey der gegenwärtigen Lesart unseres Paragraphen nicht blos jenen frühern Stellen widersprechen, sondern er widerspricht sich in dieser Stelle selbst. Die explicativen Worte nähmlich: *ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur*, beziehen sich offenbar auf die beyden vorher angeführten Fälle: *post mortem meam dari spondes?* und *cum morieris dari spondes?* Nun sieht aber

---

111) *Ulp.* 24, 16. *Paull. S. R.* III, 6. §§. 5. 6. §. 35. *I. de legat. Theophil. ibid. L.* 11. *C. de contrah. et committ. stipul.* Man vgl. noch *L.* 12. §. 1. *de leg.* 2. *L.* 4. *pr. quando dies leg. L.* 13. *eod. L.* 1. §. 2. *L.* 79. §. 1. *de conditt. et demonstr.* Fideicommisse betreffen folgende Stellen: *L.* 67. §. 7. *L.* 76. §. 5. *de leg.* 2. *L.* 78. §. 10. *ad SC. Trebell. Epit. Gai.* II, 7. §. 8. Ueber *cum legatarius moriclur* vgl. *L.* 79. *pr. de conditt. et demonstr. L.* 4. §. 1. *quando dies leg.* (*L.* 61. *pr. de manumiss. test.*) u. s. w. Denn auch *Titio cum mortuus erit, do lego* wäre nichtig.

doch der gemeinste Verstand, dass die Zeit *post mortem stipulatoris* nicht die letzte Zeit des Lebens desselben ist. Folglich enthält dieser ausführende Satz einen wahren Widerspruch gegen das Beyspiel, welches durch ihn erklärt werden soll. Zuletzt noch: Gaius führt den letzten Fall einer aus diesem Grunde bedenklichen Stipulation *pridie quam moriar*, oder *pridie*, *quam morieris*, *dari spondes* mit dem Worte *rursus* ein. Nun wird aber *rursus*, wie es auch die natürliche Bedeutung des Worts (*reversus*) erheischt, immer so gebraucht, dass es wiederum, oft selbst umgekehrt, bedeutet und folglich niemals einen Fall derselben Art (dafür wird *Item* oder *Sed si* u. dgl. gebraucht) sondern etwas Neues und vom Vorigen Verschiedenes, welches aber in einem andern Falle früher auch schon einmal da gewesen ist, einleitet[112]). Dieses auf unsere Stelle angewandt, ergibt eine neue Inconsistenz. Denn nun wird ein mit dem vorigen durchaus übereinstimmender Fall, nähmlich einer nichtigen Stipulation, mit dem Worte *rursus* eingeleitet, während die Gesetze der Sprache erwarten lassen, dass dieser Fall ein vom vorigen verschiedener mit einem früher angeführten wiederum übereinstimmender seyn werde.

Diese Gründe zusammengenommen sind wohl mehr als hinreichend es zur Evidenz zu bringen, dass in unserer Stelle etwas ausgefallen seyn müsse, welches ich auf folgende Weise richtig zu restituiren glaube:

*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES (vel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? valet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR DARI SPONDES)*

112) Man vgl. folgende Stellen: 1, 10. 12. 49. 2, 52. 67. 232. 271. 3, 51. 141. 201. 4, 127. 128 (diese Stellen sind fast sämmtlich aus Elvers Promptuarium genommen, welches mir überhaupt bey dieser Arbeit gute Dienste geleistet hat) *L.* 1. §. 3. *de aqua quotid. L.* 5. *unde cognati. L.* 1. §. 7. *de success. ed. L.* 5. §. 2. *ad SC. Tertull. L.* 27. *de statulib. L.* 3. §. 2. *de A. R. D. L.* 18. §. 4. *de acquir. vel amitt. poss. etc.*

*vel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris, aut promissoris, obligatio conferatur. nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut: PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta, in praeteritum redducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

Mit dieser Einschaltung sind nun alle Schwierigkeiten gehoben. Gaius unterscheidet eben so wie in der Lehre von den Legaten drey Arten von Zusätzen: *post mortem, cum moriar* und *pridie quam moriar.* Die erste bewirkt Nichtigkeit, die zweyte ist unschädlich, die dritte bewirkt wiederum (*rursus*) dasselbe, was von der ersten bemerkt war. Auch stimmt nun Gaius mit der Epitome, welche die Stipulation *post mortem* und *pridie quam moriar* oder *quam morieris* als nichtig anführt, und mit Justinians Institutionen, welche *post mortem*, *pridie quam moriar* und *cum moriar* unterscheiden, überein[113]).

Gegen das Einzelne möchte eingewandt werden, dass der Zusatz *vel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES* nicht nöthig sey, weil er sich noch auf den ersten Fall bezieht. Allein folgende Gründe machen ihn wahrscheinlich: 1) auch im Folgenden setzt Gaius immer beyde Fälle, die Beziehung auf den Tod des Stipulator und auf den des Promissor, daher konnte bey dem ersten am vollständigsten zu fassenden Beyspiele dieser zweyte Fall unmöglich fehlen; 2) hat ihn auch die *Epit.* II, 9. §. 7. *Praeterea inutilis est et interrogatio et promissio, si ita aliquis interroget debitorem: POST MORTEM MEAM vel, TVAM ILLVD DARI SPONDES?* Aehnlich §. 13. *I. de inutil. stipul.;* 3) erklärt sich auch nur so, wie der Ab-

113) Die Stellen sind *Epit. Gai.* II, 9. §§. 7. *et* 8. *stipul.* §§. 13. *et* 15. *I. de inutil. Theophil. ibid.*

schreiber zur Auslassung dieser Stelle verleitet werden konnte. Ihn täuschten nähmlich die zweymal wiederkehrenden Worte: *dari spondes? vel ita* und er schrieb, statt *post mortem tuam etc.* fortzufahren, gleich bey dem zweyten Vorkommen derselben weiter, wie dieses so häufig, auch in der Veronesischen Handschrift, Auslassungen verursacht hat.

Ferner könnte Jemand durch oberflächliche Betrachtung zu der Meinung veranlasst werden, die Worte *nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem*, seyen versetzt, weil sie nicht für den unmittelbar vorhergehenden, sondern für den ersten Fall den Grund angeben. Allein sie stehn ganz am rechten Ort und geben sowohl für den ersten, als *argumento a contrario* für den zweyten Fall den Grund an, was auch sogleich einleuchtet, wenn man bedenkt, dass *heredis* voraufsteht und deshalb auf diesem Wort der Nachdruck liegt.

Kaum eine Schwierigkeit ist das zu nennen, dass Gaius hier für die Ungültigkeit der Stipulation *pridie quam moriar* Gründe anführt, während er oben 2, 232. über die behauptete Ungültigkeit des entsprechenden Legats gesagt hatte: *quod non pretiosa ratione receptum videtur.* Hier nähmlich gibt er eben die gewöhnlich für diesen Satz angeführte *ratio*, ohne sich weiter darüber zu äussern, oben sprach er seine eigene Meinung darüber aus. Fragen wir aber, wer Recht gehabt habe, Gaius oder die gewöhnliche Meinung, so trage ich kein Bedenken, mich für die letztere zu entscheiden. Auf den ersten Blick freylich scheint es, als wenn die Stipulation gültig seyn müsse, weil doch auf jeden Fall noch der Stipulator oder Promissor selbst in das Band der Obligation einzutreten scheint. Allein es ist zu bemerken, dass zu dem Inhalt der Obligation, hier dem *dare oportere* zu einer gewissen Zeit, wesentlich auch Bewusstseyn dessen, der gibt und dem gegeben wird, von dieser Zeit als einer gegenwärtigen gehört, weil jede Erfüllung der Obligation eine Handlung voraussetzt. Wenn also dieses Bewusstseyn nach der Fassung der Stipulation bey Lebzeiten der einen oder andern Parthey unmöglich ist, so

ist es so gut, als wenn der ganze Inhalt der Obligation über die Lebzeiten hinausgeschoben und folglich *post mortem* stipulirt wäre. Wirklich aber ist es unmöglich, eher als bis Jemand verstirbt, sich des *pridie quam morietur* bewusst zu werden, weil der Moment des Sterbens zwar in der Gegenwart selbst, in das Bewusstseyn des (noch lebenden) Sterbenden fällt, nicht aber ehe er eintritt, gewusst werden kann. Daher hat das *pridie quam morietur* im Leben des Stipulator oder Promissor keine Gegenwart, sondern blos eine Vergangenheit und ist folglich eine unmögliche Stipulation. Hieraus sieht man, dass der Grund, welchen Gaius hier anführt, die Sache nicht völlig ergründet. Denn es ist nicht wahr, dass erst *si mors secuta sit, pridie quam aliquis morietur intellegi possit;* sondern man weiss es schon, *si mors sequatur.* Auch würde man sonst aus demselben Grunde die Gültigkeit der Stipulation *cum moriar* bestreiten können. — Das ganze Bewusstseyn der Gegenwart schliesst das der Vergangenheit mit in sich. Vielmehr ist die Obligation eine Art von *praepostera stipulatio,* nähmlich ähnlich wie diese: *decem aureos mihi hodie dare spondes, si Titius cras consul factus sit?* [114]) weil sie einen Moment ihrer Erfüllung setzt, doch erst zu einer andern Zeit dieser Moment wird, was unmöglich ist. Kein Wunder also, wenn Gaius, dem jener angeführte Grund allein bekannt war, ihn nicht befriedigend fand.

## *Comm.* III. §. 104.

*Item inutilis est stipulatio si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est* — 5 stell. — *is a me* — 26 stell. — *in mancipio* — 30 stell. — *non solum ipsi* — 24 stell. — *sunt obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.*

Schon Klenze hat die erste Lücke aus der entsprechenden §. 6. *I. de inutil. stipul.* mit *vel si is* ausgefüllt,

114) §. 14. *I. de inutil. stipul.* Sehr richtig wird hier unmittelbar nach der Stipulation *pridie quam moriar* und noch vor der *cum moriar,* die *praepostera stipulatio* gestellt. Auch hat Justinian, da er die Stipulation *pridie quam moriar* guthiess, mit Recht auch die *praeposterae stipulationes* für gültig erklärt *L.* 25. *C. de testam.*

welches auch wohl in der Veronesischen Handschrift stand, obgleich die Zeichen noch etwas mehr erwarten lassen. Ueber das Folgende bemerkt Göschen: *Haec eo pertinent, quod servi non solum ipsi domino, cuius in potestate sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli. An autem de iis, qui in mancipio erant, idem iuris fuerit, quaeritur.* Ich halte die bejahende Antwort für unzweifelhaft, theils an sich nach der Natur des *mancipium*, welches überall im civilen Privatrecht, zumal im Vermögensrecht der Sclaverey gleich gilt — man vgl. z. B. 1, 123. 138. und vorzüglich 3, 114. (in 2, 90. tritt der besondere hinzugefügte Grund der Verschiedenheit ein) — theils weil in unserm Paragraphen die Worte *in mancipio* schwerlich anders als in einer Gleichstellung mit der Sclaverey vorkommen konnten. Demnach könnte man den ganzen Paragraphen so wiederherstellen:

*Item inutilis est stipulatio si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, vel si is a me stipulet' s'* (*stipuletur. sed*) *de servis et de is* (*his*) *qui in mancipio s* (*sunt*) *illud praeterea ius observatur, ut non solum ipsi, cuius in potestate mcipiove sunt, obligari non possint, sed ne alii quidem ulli.*

Die Ausfüllung *cuius — mancipiove* halte ich auch den Worten nach für unzweifelhaft, da die letzten beyden Buchstaben (*ue*) in der Handschrift noch zu lesen sind. Die vorhergehende Ergänzung kann man noch auf gar mancherley Weise in den Worten anders wenden, daher sie nur dem Sinne nach für sicher ausgegeben werden kann.

## *Comm.* III. §. 121.

*Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur; et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli uiriles partes* — 10 stell. — *Fideiussores uero perpetuo tenentur.* —

In dieser Lücke hat die Handschrift *hocabentur*. Hollweg schlägt vor: *debent*, was aber theils zu sehr von den Zügen der Handsshrift abweicht, theils den Sinn

des vorigen Satzes, was das Verbum anbetrifft, auf eine pleonastische Weise wiederholt. Vielleicht ist zu lesen: *et singuli (in) viriles partes conveniantur.* Da von der Obligation schon gesprochen ist, so erwartet man ein Wort welches die Belangung ausdrückt, wie denn auch unmittelbar darauf bey den Fidejussoren dieselbe Gedankenfolge erscheint: — *singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere.* Das Wörtchen *in* konnte leicht ausfallen, weil es durch ein schlechtes *i* notirt wird und dieses unmittelbar vorhergeht. Klenze's: *singuli viriles partes solvi tenentur* ist völlig unlateinisch.

Eine zweyte Lücke befindet sich in der zweyten Hälfte dieses Paragraphen:

> *Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit* — 22 stell. — *quoque* — 7 stell. — *Cum autem lex Furia etc.*

Da aus der Handschr. berichtet wird: *sit iii* * | ************* *porum quoque riii* — so trage ich kein Bedenken jene Lücken so auszufüllen:

> *quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, sua | tt.* (*tantum*) *portio a ceterorum quoque peti p'sit* (*possit*). —

Der Unterschied der Wohlthat der *lex Furia* für die Sponsoren und Fidepromissoren von der aus der *epistola D. Hadriani* für die Fidejussoren besteht darin, dass letztere nur dann Belangung auf einen Kopftheil verlangen können, wenn alle ihre Mitbürgen solvent sind; von erstern aber auch dann, wenn einer von den Mitbürgen insolvent ist, von den Uebrigen nur der Kopftheil eines jeden (*sua portio*) eingeklagt werden kann. Denn die letztern sind von Anfang an *ipso iure* jeder nur seinen Kopftheil schuldig gewesen. Ueber *sua portio* vgl. den folgenden §.: — *si quis horum plus sua portione solverit.* Man könnte aber auch allenfalls lesen: *sua tt. pars a caetorum quoque.*

### *Comm.* III. §. 125.

— *et adhuc lege vicesima hereditatium cavetur, ut ad eas satisdationes, quae ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat.*

Mit Recht hat der Herausgeber den sonst auch vorkommenden Namen *lex vicesima hereditatium* nicht geändert. Man braucht sich nicht erst auf das Beyspiel der Engländer zu berufen, die ebenfalls um der Kürze willen ihre *bills* oder *societies* u. dgl. so bezeichnen, dass sie den Inhalt der erstern oder den Zweck der letztern gleich adjectivisch vor dieselben setzen. Auch bey den Römern bewirkte dasselbe Streben nach Kürze ähnliche Zusammensetzungen. So sagt Pomponius *L.* 15. §. 3. *de precar.* statt *interdictum de precario* gleich *precarium interdictum;* Paulus *L.* 15. §. 1. *de cond. indeb.* statt *condictio indebiti* gleich *indebita condictio*, und ähnlich in den *S. R.* V, 5. §. 8. statt *longi temporis praescriptio* kürzer *longa praescriptio.* Ohne Zweifel ist auch der Nahme der *condictio causa data, causa non secuta*, welche, wie Hugo [115]) mit Recht bemerkt, eigentlich *condictio causa (i. e. ex causa) dati causa non secuta* heissen sollte, hieraus zu erklären [116]), nur dass *data* später indeclinabel geworden zu seyn scheint. So nur also auch *lex vicesima hereditatium* statt *lex de vicesima hereditatium.*

### *Comm.* III. §. 153.

*Dicitur, et capitis diminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis diminutio morti* — 11 *stell.* — *dicitur.* —

Die sehr unsichern Zeichen in der Lücke deuten am Ende auf den Infinitiv eines nach der zweyten Conjugation gehenden Verbum hin, daher Göschen vermuthete: *mortis species fere dicitur.* Allein mir scheint dieser Ausdruck wenig in der Weise der Römischen Juristen zu seyn,

115) Rechtsgesch. S. 562. Z. 26. zehnte Ausg.

116) Eine andere Erklärung hat kürzlich Schilling Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 224 vorgeschlagen, man solle nähmlich *causa data* verstehn: *re data.* Aber schwerlich lässt sich der Ausdruck *causam dare* in dem Sinne von *rem dare* rechtfertigen.

die vielmehr, wenn etwas nur dieselben Wirkungen mit einem Andern hat, ihm eine Aehnlichkeit mit ihm zuschreiben. Daher vermuthe ich: *mortis īstar* (*i. e. instar*) *habere dicitur*. Dieser Ausdruck ist sehr häufig. *L.* 10. §. 3. *de compens.* (*Ulp.*) *In stipulationibus, quae instar actionum habent.* (Eben so *actionum instar obtinere L.* 37. *pr. de O. et A.*) *L.* 120. *de V. O.* (*Papin.*) *nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur. L.* 26. §. 2. *de iureiur.* (*Paul.*) — *quamvis habeat et instar iudicii* (*sc. iusiurandum.*) *L.* 17. *in fin. de mortis caus. donatt.* (*Iul.*) — *quia legatorum instar obtinent*[117]). Auch entspricht diesem Ausdrucke der des Theophilus, welcher *ad* §. 7. *I. de societ.* sagt: μίμησις ἐπεισάγεται τελευτῆς· *mortis instar inducitur* (wie man lateinisch auch sagt). Ulpian *L.* 59. *de conditt. et demonstr.* drückt das Sprichwort, welches Gaius meint, so aus: *servitus morti adsimilatur.*

## *Comm.* III. §. 154.

*Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed* — 8 stell. — *societas* — 17 stell. — *consensu contrahitur nudo iuris* — 18 stell. — *omnes homines naturali ratione possunt.*

Der Bericht aus der Handschr. sieht für die erste Lücke so aus: *hc***o* (oder *d*) *c** (?) für die zweyte: *deuiii*c* (oder *o*) *q̇miir* (od. *p*) *ior* (oder *p*, od. *d*) *q* für die dritte so: *o* (oder *e*) *g* (oder *c*) *en* (oder *u*) *n* — — — — Demnach schlug Göschen in der zweyten Ausgabe vor, von dem letzten Zeichen vor *consensu* an so zu lesen: *q.* (*quia*) *consensu c. n., iuris gentiu* (*gentium*) *ē.* (*est*) *n̄* (*nam*) *consentire omnes h. n. r. p.*, wobey aber die Frage nach dem Zusammenhange noch unerledigt bleibt. Klenze restituirt das Ganze so: *sed hoc casu societas denuo eodem quo modo prior quoque consensu contrahitur nudo, iuris gentium regula, qua uti omnes h. n. r. possunt.* Allein

117) Alle diese Stellen und noch mehr führt *Brisson. de V. S. v. Instar* an.

*eodem quo modo* ist unlateinisch, die Beziehung auf die frühere Societät hat keine rechte Veranlassung, *iuris gentium regula* wird nicht gesagt, ausser von einem bestimmten Satze des *ius gentium* und der Schlusssatz mit seiner Erwähnung der *naturalis ratio* enthält einen reinen Pleonasmus. Zudem entspricht diese Restitution, wie der Augenschein lehrt, den Zügen der Handschrift wenig. — Mehr möchte sich folgender Versuch empfehlen:

*sed h' qq. casu* (*hoc quoque casu*) *societas denuo c' trahi p'est q.* (*contrahi potest quia*) *consensu contrahitur nudo iuris q. gentiu e c' sentire u.* (*iurisque gentium est; consentire vero*) *omnes homines naturali ratione possunt.*

Die ziemlich genaue Uebereinstimmung dieser Lesart mit den oben angeführten Zügen zeigt die Vergleichung mit denselben. Hinsichtlich des Sinnes wird ein Kundiger Alles passend finden. *hoc quoque casu* sagt Gaius, weil er in §. 153. schon einen solchen Fall angeführt hatte, in welchem die aufgelöste Societät unmittelbar als eine neue wieder beginnen konnte. Das *consensu contrahi* und *iuris gentium esse* wird öfter zusammengestellt, z. B. *L.* 1. §. 2. *de contrah. empt. L.* 1. *loc.* und zwar so, dass das erstere als Folge des letztern dargestellt wird (weshalb Göschens Restitution unzulässig ist). Endlich sagt Gaius: *consentire vero omnes homines n. r. possunt*, um damit den Beweis zu vollenden, dass in jenem Falle sogleich wieder eine Societät abgeschlossen werden könne. Denn auch wenn Jemandes Güter verkauft sind, bleibt er doch ein (freyer) Mensch und mehr bedarf es von Seiten der Person zur Gültigkeit des Consenses nicht. Uebrigens bezieht sich dieses ganze Raisonnement offenbar auch auf den obigen Fall der durch *capitis deminutio* aufgelösten Societät, wofür es noch den besondern Sinn hat, dass auch Jemand, der Peregrine geworden ist, eine neue Societät mit seinem alten *socius* beginnen kann.

## *Comm.* III. §. 155.

*Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena, id est, sive ut mea negotia geras, sive ut alte-*

*rius, mandem tibi, erit inter nos obligatio, et invicem alter alteri tenebimur* — 19 stell. — *mihi bona fide praestare oportere.*

Die durch den Druck ausgezeichneten Stellen habe ich nach Göschens sehr wahrscheinlicher Conjectur gleich in den Text gesetzt. Ueber die nun noch übrig bleibende Lücke hat derselbe, wie ich glaube, mit Recht die Meinung geäussert, dass Gaius daselbst die Mandatsformel angeführt habe. Sie scheint nähmlich auf folgende Weise ausgefüllt werden zu müssen:

*et invicem alter alteri tenebimur in id q.tum p̄ (quantum paret) me tibi atq. (atque) te mihi bona fide praestare oportere.*

Blume's Schedeln berichten ungefähr Folgendes: *idinq tu* (oder *a*) *irif* (od. *t*) *enisat' q ne*, woraus hervorgeht, dass nicht nur die Menge der Zeichen durchaus, sondern auch die Gestalt derselben grösstentheils entspricht. Auch braucht man nun, da das in der Mitte sichtbare *r* in *p̄* (*paret*) aufgelöst ist, nicht mehr *oportere* in *oportet* oder *oporteret* zu verwandeln, wie Göschen und Blume glaubten. Uebrigens darf es nicht wundern, dass Gaius hier nicht das gewöhnliche Formelwort der *incertae intentiones: Quicquid* sondern statt dessen *quantum* wählt. Denn da in demselben Satze beyder Contrahenten gegenseitige Obligationen zugleich erwähnt werden, so liegt darin allerdings auch (wie Blume vermuthete) eine Hindeutung auf Compensation, wofür denn das Wort *quantum* gerade recht passend ist.

## *Comm.* III. §. 157.

*Illud* — 18 stell. — *mandetur, quod contra bonos mores est, non contrahi obligationem* —

In den Scheden ist angegeben: *illud* ——————— *sdcc* *** Da nun das folgende *quod*, wie aus dem *Index sigl.* p. 477. Zeile 6 von unten, hervorgeht, keineswegs ausgeschrieben ist, sondern statt dessen ein blosses *q* steht, welches auch *quae* heissen kann, so zweifele ich nicht, dass die ganze Stelle so zu lesen sey:

*Illud constat, quoties de ea re mandetur, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem —*

Comm. III. §. 173.

*— veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex iudicati causa debitum sit.*

Statt *debitum sit* hat die Handschrift nur *debit*, so dass es scheint, der Abschreiber habe sich nur verschrieben, indem er *debet'* d. h. *debetur* schreiben wollte. Da nun so sehr häufig die *modi* in unserer Handschrift verwechselt werden und, indem der Satz *sive quid* offenbar dem ersten *si quid — debeatur*, nicht aber dem zweyten *quod per aes et libram gestum est* entspricht, auch hier das Präsens erwartet wird, so hat es wohl kein Bedenken, dass statt *debitum sit* zu schreiben sey *debeatur.*

Comm. III. §. 174.

Von dem grössten Interesse sind immer die alten Rechtsformulare, weil in ihnen die Rechtsverhältnisse nicht blos abstract beschrieben werden, sondern wie in einem Bilde abgedrückt uns aus dem Leben selbst entgegentreten. Um so mehr ist es zu bedauern, wenn gerade in solchen Formeln, die wir erst durch Gaius kennen gelernt haben, sich Lücken finden, wie dieses in unserm Paragraphen mit der Formel für die *nexi liberatio* der Fall ist. Allein um so höher steigt auch das Interesse, sie vollständig wiederhergestellt zu sehn. Möge dieses Interesse es entschuldigen, wenn ich auch hier d. h. an einer Stelle, die (wie jeder, der sich daran versucht hat, eingestehen wird) fast alle übrigen an Schwierigkeit übertrifft, einen Restitutionsversuch gewagt habe. In der Ausgabe sieht die Formel so aus:

*QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS EO NOMINE* — 18 stell. — *SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM* — 22 stell. — *deinde asse percutit etc.*

Sie muss aber, nach meinem Vorschlage so gelesen werden:
*QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS EO NOMINE IVRE NEXI SVM DAMMAS, SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE SECVNDVM LEGEM PVBLICAM. deinde asse percutit etc.*

In der ersten Lücke beschreibt Göschen das Aussehn der Handschrift so: *i* ***(?)|*m*(?) *eoon* (oder *u*) *men*(?) *o ii*(?) *i* Blume dagegen: *ūer* (oder *dari* statt *ūer*) | *m* (oder *id*) *eo* (oder *e* oder *g*) *o* (oder *u*) *nm* (oder *ar*, oder *un*, oder *in*) *eiii* * *mas* wonach ich glaube, dass so geschrieben gestanden hat: *iur|enexisum damnas.* In der zweyten dagegen berichtet Göschen: *q.cerin | delegeturobligat'* Blume aber vom Striche an: *delegeiure* (oder *o*)-*lligat'* Daher man sich die ursprüngliche Fassung der Stelle so denken muss: *qsecun | dūlegempublicam* [118]). Der Kundige wird nun zwar schon nach der blossen Vergleichung der Schriftzüge unserm Vorschlage das Zeugniss der grössten Wahrscheinlichkeit nicht versagen. Doch lohnt es wohl der Mühe, auch innere Gründe hinzuzufügen.

Dass überhaupt eine Formel, von dem, der durch diesen Act befreyt werden sollte, gesprochen, zur *nexi liberatio* nöthig war, bedarf keiner weitern Begründung, da schon oben nachgewiesen ist, dass bey jedem *per aes et libram gestum*, der, zu dessen Gunsten es vorgenommen wurde, sein zu erwerbendes Recht in lateinischer Wortformel aussprechen musste. Es fragt sich also nur, worin dieses Recht hier nach der Natur des Falles bestehn musste. Offenbar konnte kein *meum esse ex iure Quiritium* behauptet werden, da theils die Obligationen und folglich auch die Liberationen überhaupt nicht dem Gebieth der Acquisitionen und des *meum ex i. Q.* angehören, sondern ihm eben als zweyter Theil des Vermögensrechts entgegenstehn [119]), theils die Liberation kein

118) Vielleicht hat der Abschreiber geschrieben: *pōbligam* d. h *o* für *u* und *g* für *c* wie z. B. unten in §. 207. *ḡ* statt *c* d. i. *causa*.

119) Ich werde an einem andern Orte von der Bedeutung des *ex*

Recht gibt, sondern nur eines auflöst. Demnach kann die Formel nur darin bestehn, dass der Schuldner zuerst das aufzulösende Rechtsverhältniss individuell und zugleich als ein solches, auf welches die *nexi liberatio* anwendbar ist, beschreibt und dann seine Handlung, wodurch er sich befreyt, ausspricht. Beydes nun leistet die obige Formel vollkommen, die wir jetzt einzeln betrachten wollen.

*QVOD*] Das aufzulösende Recht wird zuerst gestellt, wie bey dem *per aes et libram gestum*, durch welches man acquirirt, *hanc ego rem*. Zugleich ist *Quod* das bekannte relative Anfangswort aller Demonstrationen.

*EGO TIBI*] Nach der Natur der Obligation müssen beyde Personen genannt werden, wie auch in der *intentio* der *personales actiones*. Bey der Anwendung des *per aes et libram gestum* auf das *meum* oder der Mancipation erscheint wie in der *intentio* der *in rem actiones* blos die Person des Erwerbers. (*Gai.* 4, 87.) Ueber den Grund vgl. die Andeutung in der letzten Anmerkung.

*TOT MILIBVS*] Die Angabe des Inhalts jenes *Quod;* wie bey der Mancipation: *hunc ego servum*. Ist aber *T. M.* Dativ oder Ablativ? Man kann es für beydes nehmen, da *damnare* mit beyden Casus construirt wird. *Lucret.* 6, 1229.

*Aerumnabile erat, quod ubi se quisque videbat*
*Implicitum morbo, morti damnatus ut esset* —

*Cic. Tusc.* 1, 22. §. 50. — *animosque quasi capite damnatos.* Allein der Ablativ ist bey weitem die Regel (s. *Ruddimanni Inst. gramm. Lat. cur. Stallbaum. Part.* II. *p.* 164—167. Vorzüglich *Not.* 39.) und daher auch hier anzunehmen.

*EO NOMINE*] Also z. B. *ex Lucii Titii testamento,* oder *ex causa iudicati.*

*IVRE NEXI*] Diese Natur der vorhandenen Obliga-

---

*iure Quiritium*, welches s. v. a. „nach dem Rechten der Lanzenmänner" (Wehrmänner, *Germani*) oder mit einem ziemlich entsprechenden Wort und Begriff des altdeutschen Rechts „nach dem Recht der Gewehre" bedeutet, ausführlich handeln und dabey zugleich den Unterschied der Obligationen, die, weil sie in der Freyheit des Schuldners liegen, nicht vertheidigt oder gewährt werden können, von dem *meum*, welches in meiner Freyheit und Person liegt und daher gewährt werden kann (*ex iure Q. est*) auseinandersetzen.

tion durfte nicht unerwähnt bleiben, weil auf ihr gerade der ganze Act und der Nahme *nexi liberatio* beruht. Uebrigens ist die Bedeutung von *nexum* bekannt: *quodcunque per aes et libram geritur* und zwar so, dass nicht das Recht *ex iure Quiritium*, welches man durch jenes *gestum* erwirbt, also nicht die *acquisitio* eines *meum*, sondern die Obligation, die durch Empfang des zugewogenen Geldes oder durch die Verpflichtung in der *lex mancipii* entsteht, damit bezeichnet wird. Vgl. *Varro de L. L.* 7, (6,) 5 *in fin. Cic. de Orat.* 3, 40. *Fest. v. Nexum* und *Nexum aes.* Obgleich, da jenes Recht (*mancipium*) auch nicht anders entstehn kann, als so, dass zugleich durch den Empfang des civilrechtlichen Geldes der andere zur civilrechtlichen Uebertragung und zur *auctoritas* obligirt werde, und folglich das *nexum* an sich auch mit jeder Mancipation verbunden ist, im allgemeinern Sinne *nexum* jedes *per aes et libram gestum* bezeichnet[120]). — Ueber die Zusammensetzung *iure nexi* vgl. *Cic. de harusp. resp.* 7. *Multae sunt domus in hac urbe atque haud scio an paene cunctae, iure optimo, sed tantum iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi.*

*SVM DAMNAS*] Dieses Wort scheint das eigenthümliche zu seyn, durch welches das Schuldverhältniss eines solchen, der seiner civilrechtlichen Natur nach durch das *ius civile proprium* und nahmentlich durch *nexum* obligirt ist, bezeichnet wird. Bekannt ist, dass Obligation durch richterliches Urtheil *damnatio* heisst; so wie aber die *mancipatio* der *in iure cessio* gleichsteht, so muss auch die Obligation *per aes et libram* der durch richterliches Urtheil entsprechen. Auch erklärt es sich blos hieraus, warum auch dasjenige, was *ex caussa iudicati debetur*, durch *nexi liberatio* aufgelöst werden kann. Ferner ist der gewöhnliche Ausdruck bey Errichtung eines Legats, welches in einer Obligation besteht, *heres damnas esto* und diese Obligation beruht bekanntlich auf einem *nexum*. Denselben Ausdruck pflegen auch Gesetze

---

120) Will man es genau nehmen, so ist die Definition *quodcumque per aes et libram geritur* vollkommen richtig; denn sie bezeichnet auch bey der Mancipation nur den Theil des Acts, welcher in der Zuwägung des Geldes besteht.



zu gebrauchen, wenn sie Jemandem eine Strafe zuerkennen und man sagt endlich von Jemandem, der aus seinem *votum* der Gottheit schuldig geworden ist, *damnatus voti s. voto est*, welche beyden Obligationen zwar nicht auf *nexum* oder etwas dem Aehnlichen, wohl aber ebenfalls auf strengem Civilrecht beruhn.[121]) Auch scheint die richtige Ableitung von *damnare* darauf zu führen. Denn es kommt wohl ohne Zweifel von *do*, *dare* und *minus*, so dass es die Jemandem durch ein zu bewerkstelligendes *dare* auferlegte Vermögensminderung bedeutet. Die ursprüngliche civilrechtliche Obligation setzt aber immer ein *dare* (im Gegensatz des *facere*) voraus, weil blos dieses auf Seiten der Obligationen dem *ex iure Quiritium* auf Seiten der Acquisitionen entspricht.

*SOLVO LIBEROQVE*] Die beyden bekannten Ausdrücke[122]), welche die Aufhebung einer Obligation bedeuten und wovon jener sich mehr auf das Recht des Gläubigers, dieser mehr auf die durch dessen Aufhebung entstehende Lage des Schuldners bezieht, daher beyde zur Erschöpfung der Sache nothwendig waren. Es heisst aber nicht von der Person des Schuldners, dass sie gelöst und befreyt werde, wie gewöhnlich gesagt wird und auch von der *nexi liberatio Cic. de legg.* 2, 20. 21.[123]) *Liv.* 6, 14.[124]) und Gaius §§. 174. u. 175 gesagt haben, sondern von den geschuldeten Geldstücken selbst: *solvo liberoque — libram primam postremamque.* Denn eben so sagt man auch eigentlich von dem Gelde *nexum aes* und nicht von dem Schuldner *nexus*, ausser wenn

---

121) Die Stellen vgl. bey *Brisson. de V. S. vv. Damnare*, *Damnas*, *Damnatio* und *Damnatus*, und in den grössern Wörterbüchern von Gesner und Forcellini unter denselben Wörtern.

122) Klenze will statt *liberoque* lesen *libroque* d. h. ich wäge ab. Allein abgesehn davon, dass *pendere* und *appendere* das eigentliche Wort für das Zuwägen von Erz ist, so wägt ja der Schuldner gar nicht ab, sondern der *libripens* und durch die Abwägung von Seiten des erstern würde das ganze Geschäft vernichtet werden.

123) c. 20. *Quin etiam cavent, ut cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per aes et libram heredem testamenti solvat* — c. 21. — *ut per aes et libram heredem testamenti solvant* — *Testamenti* ist s. v. a. *obligationis ex testamento* und der Genitiv steht wie immer bey den *verbis damnandi* nnd *absolvendi.*

124) *Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatam emittit.* —

er in Folge der Condemnation nachher wirklich gefesselt wurde [125]) und in den zwölf Tafeln hiess es *aeris confessi* (d. i. des bekannten Geldes, sonst könnte nicht folgen *rebusque iure iudicatis*) *triginta dies iusti sunto* (*Gell.* 20, 1.) nicht *debitori aes confesso.* [126]) Der Grund aber, warum eigentlich das *aes* oder die *pecunia* und nicht der Schuldner selbst, nectirt und folglich auch solvirt und liberirt wird, liegt darin, dass die auf das Geben einer Quantität gerichtete Obligation sowohl in ihrer Entstehung als Aufhebung nicht zunächst in einer Handlung des Schuldners besteht, sondern in dem Eigenthumswechsel einer Anzahl jener Quantität zugehöriger Stücke, so dass ganz eigentlich das *aes*, indem es obligationsweise empfangen wird, in den Zustand des *nexum* eintritt und umgekehrt auch das *aes*, indem man es zahlt, befreyt wird. Es versteht sich aber nach der Natur des Generischen von selbst, dass unter dem *aes* und der *pecunia* nicht bestimmte Geldstücke, sondern das fungibele *genus* in allen einzelnen (unter andern auch den gezahlten) Stücken zu verstehn ist, weil blos in diesem Generischen das Wesen solcher Sachen besteht. Als in späterer Zeit der Umfang der Obligationen sich sehr erweitert hatte und auch die Obligationen auf das *dare* von *species corporum* und auf das *facere* Obligationen hiessen, nahm man blos noch auf die zur Erfüllung jeder Obligation nothwendiger Weise thätige und dazu im Wege der Klage zu nöthigende Person des Schuldners Rücksicht, und sagte nun *debitor liberatur*, obgleich für die in einem *dare* von Quantitäten bestehenden Obligationen der Ausdruck *res solvitur* fortdauernd gebräuchlich blieb.

*HOC AERE AENEAQVE LIBRA*] Diese mussten, wie bey Allem, *quod per aes et libram geritur* erwähnt wer-

---

125) *Fest.* *v.* *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur. cf. Varro de L. L.* 7, (6,) 5. Von Niebuhrs (Röm. Gesch. Th. I. S. 597 flg. zweyte Ausg.) Ansicht, der auch K. O. M(üller) Hall. A. L. Z. 1829. S. 372 beytritt, kann ich mich noch nicht überzeugen.

126) Aehnlich ist auch, dass es in der Formel der *legis actio per manus iniectionem* heisst: *decem milium iudicati manus iniicio.* d. h. wegen des *aes iudicatum.*

den, weil in dem durch die öffentliche Wage zu wägenden Erze das eigenthümlich Römische Geld bestand.

*HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE*] Das abzuwägende Pfund wird als gegenwärtig bezeichnet (*hanc*), weil es, wie bey der Mancipation, acquirirt werden soll und ein Körperliches ist, das *ex iure Quiritium* des Empfängers wird. Ebendeshalb wird auch dieser wieder angeredet. Das erste und letzte Pfund wird genannt, weil in diesen beyden die ganze Summe besteht (das α und ω). Ueber *postremamque* vgl. *Liv.* 1, 24. wo es in der *nuncupatio foederis* ebenfalls um dessen ganzen Inhalt zusammenzufassen heisst: *Ut illa palam prima postremaque ex illis tabulis cerave recitata sunt etc.* Wenigstens haben so oder *prima postremum* (vielleicht aus *postremave* entsprungen) die Handschriften. Die Herausgeber haben aber nach Rhenanus und nach einem blinden Glauben, dass es so alterthümlicher klänge, gesetzt *prima postrema*, ohne zu bedenken, dass man nicht immer ohne Verbindung so reden kann und hier, wo das letzte zu dem ersten mit allem dazwischen Liegenden hinzugethan werden soll, es offenbar nur *prima postremaque* heissen kann. — Uebrigens muss man sich nicht denken, dass zwey Asse gebraucht worden wären; vermöge seiner fungibelen Natur vertrat der eine As die Stelle des ersten und letzten Pfundes. Der Grund aber, warum man blos bey der *nexi liberatio* und nicht auch bey der Mancipation einzelne *librae* anführte, liegt darin, dass bey jener der Inhalt der Liberation, der in einem successiven Zuwägen und Geben von Pfunden besteht, bey dieser dagegen die *res mancipi*, welche übertragen wird, und nicht das dafür imaginär zu zahlende Kaufgeld dasjenige ist, was civilrechtlich dieser ganzen Form bedarf und umweswillen sie vorgenommen wird.

*SECVNDVM LEGEM PVBLICAM*] Dieser Zusatz ist uns schon bekannt aus der Formel des *familiae emptor* 2, 104. Uebrigens vertreten sie hier die Stelle des *ex iure Quiritium* bey der Mancipationsformel, welches, wie schon bemerkt, auf Obligationen und Liberationen keine Anwendung leidet.

Com. III. §. 178.

— *nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem vel detractationem.*

Da das Wort *detractatio* in der bessern Latinität überhaupt noch zweifelhaft ist und da, wo es vorkommt, auf jeden Fall den Sinn von *detrectatio* hat, so trage ich kein Bedenken *detractionem* zu schreiben und dem Abschreiber die Schuld der ungebührlichen Verlängerung dieses Worts beyzumessen.

Com. III. §. 184.

— *alii adhuc ulterius* — 6 stell. — *manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. set et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum* — 27 stell. — *aliquam* — 10 stell. — *dubitationem* — 13 stell. — *etiam plurium dierum spatio id terminandum sit.* —

Mit Recht hat schon Klenze zu dieser Stelle erinnert, dass statt *perferret* beyde Male *perferretur* zu lesen sey; denn bekanntlich wird *furtum* beständig für die Sache selbst, insofern sie fortdauernd gestohlen wird, gesetzt, daher man ebenso gut *furtum perfertur*, wie *furtum deprehenditur*, *offertur*, *concipitur* u. s. w. sagen kann. Dass aber Gaius wirklich *perferretur* geschrieben habe, geht daraus hervor, dass er im folgenden Satze erst den *fur* als Subject erwähnt, welcher, wenn er auch schon zu *perferret* hätte Subject seyn sollen, nothwendig schon in den vorhergehenden Satz hätte gesetzt werden müssen.

Was die Lücken betrifft, so dürfte für die erste statt *progressi* oder *eousque*, wie Göschen zu lesen vorgeschlagen hat, *tamdiu* das in jeder Hinsicht passendste und daher richtige Wort seyn. Die übrigen Lücken möchten folgender Massen auszufüllen seyn:

*set et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferretur eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse habe|re dicebat'* (*dicebatur*) *ali-*

*quam* *tum scilic.* (*scilicet*) *dubitationem q* || *uoties duar. ū* (*duarum vel*) *etiam plurium dierum spatio id terminandum sit.*

*manifestum essse habere dicebatur*] In den Scheden ist für das Ende von Zeile 23 nur Platz für 18 Buchstaben angezeigt, der von *manifestum esse habe* gerade eingenommen wird. Der Anfang der folgenden Zeile wird so beschrieben: ***d***bat* daher ich vermuthe, in der Handschrift habe Folgendes gestanden: *re dicebat'*

*tum scilic.*] *Sched.: iimoccis* (?) *it*

*quoties duar. ū*] Nach Göschen schliesst *p.* 176. des Codex: *dubitation***i** (?) und die folgende fängt an: *Uiiios dicta** Blume dagegen berichtet: *dubitationej* || *Uitios diciai* (?) *i* (?) danach hat es wohl keinen Zweifel, dass es ursprünglich in der Handschrift so, wie es vorstehend bezeichnet, ausgesehn habe.

## *Comm.* III. §. 201.

*Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: velut res hereditarias, quarum ***** nactus possessionem * necessarius heres esset.* —

Die Scheden enthalten für die erste Lücke: $\overline{ii}$ (oder *h'*) *p* (oder *r*) $\overline{im}$ und für die zweyte ein in der Mitte senkrecht durchstrichenes *n*, das gewöhnliche Zeichen für *enim*, *nihil* und *nisi*. Savigny und Heise haben nur, um die zweyte Lücke unbekümmert, für die erste *nondum* vorgeschlagen, welches allerdings dem Sinne nach befriedigen würde, obgleich so die weite Hintansetzung des Subjects *necessarius heres* auffallend bleibt. Ich vermuthe daher, dass vielmehr so zu lesen sey:

*velut res hereditarias, quarum q's p'us* (*quis prius*) *nactus possessionem* $\overline{q}$. (*quam*) *necessarius heres esset.* — Was diese Lesart besonders bestätigt, ist, dass Gaius kurz vorher den Ausdruck *rem alienam occupare* gebraucht hat. Denn dieser bedeutet bekanntlich nicht blos soviel wie unser sich bemächtigen oder was wir deutsch occupiren nennen, sondern sich einer Sache vor einem andern be-

mächtigen. Demnach erklärt jetzt das *prius quam necessarius heres* jenen Ausdruck.

Auffallend ist der Vorschlag von Klenze, welcher die Stelle so restituirt:

> *quarum h' n d. e (heres nondum est) nactus possessionem, nisi necessarius heres esset.*

Denn alsdann würde Gaius sagen, es sey erlaubt Erbschaftssachen zu occupiren und zu usucapiren, deren Besitz der Erbe noch nicht ergriffen hätte — ausgenommen, jener Erbe wäre *necessarius heres* (in welchem Falle also die Occupation und Usucapion nicht gestattet wäre) d. h. Gaius würde nicht nur das, was er sagen sollte und was die Wahrheit ist, völlig umkehren, sondern auch, indem er hinzufügt: *nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit*, in Einem Athem sich selber widersprechen. — In der That sollten doch Versuche zur Wiederherstellung des Textes mit mehr Scheu vor so ehrwürdigen Resten des Alterthums und daher auch mit mehr Bedacht gemacht werden.

Der Grund übrigens, warum der Erbe den Besitz an einer solchen Sache, die ein Anderer ohne *furtum* in Besitz nehmen und *pro herede* usucapiren will, noch nicht ergriffen haben darf, ist nicht schwer zu finden. *Pro herede* nimmt man nur in Besitz, was man von der *hereditas*, welche *personae defuncti vice fungitur*, sich aneignet. Sobald daher der Erbe seine Einheit mit der Person des Erblassers in dem Besitze dieser Sache geltend gemacht hat, so ist der nun von einem dritten an ihr erworbene Besitz nicht mehr von der *hereditas* und von dem Verstorbenen, sondern von dem Erben und einem Lebenden, weil die todte *hereditas* durch Verbindung mit der Person des Erben und indem dieser deren Recht auch in dem Gebiethe des Factischen, durch die Besitzergreifung, auf sich übertragen hat, ihr todtes Daseyn verlohren hat und zu einer lebendigen *familia* geworden ist. Warum aber an einer *res hereditaria* vor der Besitznahme von Seiten des Erben kein *furtum* geschieht, davon liegt der Grund in der Natur des *furtum*, welches eben das im Gebieth des Delicts ist, was die zuge-

stehenden Contracte (Kauf und Miethe) im Gebiethe des Rechts. In welchem Falle also das Factische eines Contracts nicht möglich ist, weil der Eigenthümer factisch nicht oder noch nicht vorhanden ist, in dem kann auch kein *furtum* begangen werden. Mithin nicht gegen eine Erbschaft, die nur *personae vice fungitur*, und nicht gegen den Erben vor der Besitzergreifung, weil bey ihm das Factische des Erbeseyns noch nicht eingetreten ist.

### *Comm.* III. §. 217.

*— ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta, aut rupta, aut fracta, set etiam scissa et collisa et effusa et* — 6 *stell.* — *aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

*Sched.: effusa et *****a ā pempta* Brinkmann schlug vor: *effusa et deiecta aut perempta.* was auf den ersten Blick sehr passend scheint. Betrachtet man aber die ganze Stelle, so muss nicht nur das Wort *aut* in diesem Satze und in dieser Verbindung auffallend seyn, indem hier alles Uebrige durch *et* verbunden ist, sondern auch *perempta*, welches mit den übrigen vorangegangenen Begriffen nicht auf gleicher Linie steht, sondern mit dem darauf folgenden *atque deteriora facta* das generisch zusammenfasst, wovon in den vorigen Wörtern specielle Beyspiele gegeben waren. Das Missfallen an dieser Fassung der Stelle muss aber gar sehr wachsen, wenn man die der entsprechenden Institutionenstelle dagegen hält, welche durchaus richtig und schön also lautet: *unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.* Soll nun die Quelle trüberes Wasser haben, als der Bach, der aus ihr abgeleitet ist? Ich meines Orts zweifele nicht, dass unser Abschreiber so geschrieben:

*effusa et q̊q̊modo ā* (*quoquo modo aut*)

dass er aber (oder einer seiner Vorgänger), indem er die Abkürzung *ā* machte, sich in seinem Manuscript verlesen habe, worin nicht *aut*, sondern *alit'* stand, (was freylich nach damaliger Art zu schreiben von *aut* kaum zu unterscheiden

ist) und dass wir daher jetzt, um das, was Gaius wirklich geschrieben, wiederzuerhalten, folgendergestalt lesen müssen:

*set etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo aliter perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

wonach denn allerdings die Quelle einen reinern und kräftigeren Trunk gibt, als das abgelaufene Wasser, das schon etwas verlohren hat.

## *Comm.* III. §. 218.

— *et ideo quidam* ** *putaverunt, liberum esse* — 20 stell. — *diebus* — 18 stell. — *adiiceret, quo plurimi res fuit, vel eum, quo minoris fuit. sed Sabino placuit, perinde habendum etc.*

Die beyden Zeichen nach *quidam*, welche gar nicht haben gelesen werden können, möchten *ds* d. h. *diversae scholae* seyn; denn nachher wird Sabinus entgegengesetzt. Hinsichtlich der folgenden Lücken, in denen die Handschrift in der ersten lauter ungewisse Zeichen (nur im Anfange erscheinen Spuren des Worts *iudici* und gegen Ende der Buchstabe *x* mehrmals) in der zweyten gar nichts Erkennbares darbiethet, wird gewiss jeder Göschen beypflichten, der den Sinn der verlohrengegangenen Worte dahin bestimmt: *liberum esse iudici arbitrium, ex diebus XXX proxumis vel eum eligere, quo p. r. f. etc.* und das in den Text aufgenommene Wort *adiiceret* für verdächtig erklärt. Zwar hat Klenze es in folgendem Zusammenhange zu retten versucht: „*liberum esse iudici arbitrium ut vel ex XXX diebus proximis eum condemnationi adiiceret, quo*" *etc.* Allein theils construirt Gaius *liberum est (arbitrium)* niemals mit *ut*, sondern stets mit dem Infinitiv [127]), theils führt jene Fassung auf die unrichtige Idee, als wenn der Richter die Condemnation so hätte ausdrücken können: „Ich condemnire den Beklagten auf den Werth des Sclaven, welchen letzterer am 10ten Juny hatte", da er doch

127) Vgl. *Elvers Promptuar. Gai. s. v. p.* 388.

bekanntlich nur eine bestimmte Geldsumme aussprechen durfte. Da nun aber auf der andern Seite schwer einzusehn wäre, warum der Abschreiber aus einem Infinitiv die dritte Person des *imperfecti coniunctivi* hätte machen sollen, viel wahrscheinlicher also nicht in der Verbalform sondern blos in dem Verbum selbst der Fehler liegt, so glaube ich auf folgende Weise der ursprünglichen Fassung der Stelle näher zu treten, wobey ich noch zum Voraus bemerke, dass nachher *vel eum* nicht so in der Handschrift steht, sondern statt des letzten Worts etwas, woraus sich eher *ex eo* machen lässt:

*et ideo quidam diversae scholae putaverunt, liberum esse iudici aliquēligerexxxx (aliquem eligere ex XXX) diebus p̓ximis (proximis,) ut ei ū (vel) ex eo damnar. liceret (damnare liceret,) quo plurimi res fuit, vel ex eo, quo minoris fuit.*

Indem also das *ar* in *damnare* an das folgende *liceret* sehr nahe angerückt war, verleitete dieses den Abschreiber, daraus *adiceret* zu machen. Uebrigens scheint mir diese Lesart auch der Ausführlichkeit des Gaius sehr zu entsprechen. Eine ähnliche Construction vgl. 4, 23. *velut lex Furia testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret.*

## *Comm.* III. §. 221.

— *itaque si* — 7 stell. — *filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris etc.*

*Sched.: ueliiae.* Ohne Zweifel ist *meviae* zu lesen, welchen Nahmen übrigens der Abschreiber corrumpirt haben mag. Denn gewöhnlich heisst in Beyspielen mit fingirten Nahmen der Mann *Titius* (weil dieses das gebräuchlichste *nomen fictum* ist und dem Mann der Vorzug gebührt) und die Frau *Mevia.* Einige Beyspiele, aus *a.* Augustinus Verzeichnissen entnommen, mögen hier zum Beweise stehn: *L.* 38. *Solut. matrim.* (*Marcell.*) *Lucius Titius cum esset filiusfamilias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit etc.* *L.* 3. *pr. de accusatt.* (*Paul.*) — *apud illum Prae-*

*torem vel Proconsulem Lucius Titius professus est, se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream facere. L. 9. de iur. fisc.* (*Modest.*) *Lucius Titius fecit heredes sororem suam ex dodrante, uxorem Maeviam et socerum ex reliquis portionibus.* Ueberhaupt ist bey Weitem in der Regel Mävius der nächstfolgende Beyspielnahme nach Titius; auch bey Gaius in seinen Institutionen; vgl. 2, 174. 177. 277. 4, 86.

*Comm.* III. §. 223.

— *et videbantur illis temporibus, in magna paupertate, satis idoneae istae pecuniariae poenae.*

Die Handschrift hat: *pecuniae penae* | *ne* daher ich glaube, dass gelesen werden muss: *pecuniae poenae ee* (*esse*) so dass also *pecuniae* s. v. a. Summen d. i. hier Strafsummen bedeutet und *idoneae* zu *poenae* gehört: „jene Summen schienen damals hinlängliche Strafen zu seyn." Dieses gibt selbst einen richtigern Sinn, als die Göschensche Lesart. Denn bey dieser wird auf *pecuniariae poenae* ein falscher Nachdruck gelegt, als wenn Gaius sagen wollte: Damals waren diese Geldstrafen hinlänglich (man erwartet als Gegensatz: nachher mussten andere Strafen eingeführt werden) während er nur sagen will: Damals waren diese Geldsummen hinlängliche Strafen (Gegensatz: nachher mussten höhere Summen gestattet werden). Uebrigens ist *pecuniae*, in dem Sinne von Geldsummen, bekannt, z. B. *L.* 19. *pr. L.* 30. *pr. de leg.* 1. — *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die heres meus dare damnas esto* (*dato*) und sehr oft bey Cicero.

---

*Commentarius* IV.

*Comm.* IV. §. 13.

— *eaque actio perinde periculosa erat* | — 13 stell. — *atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem etc.*

Zur Ergänzung dieser Lücke sind verschiedene Versuche, *falsiloquis* von Savigny, *falsis sacramentis*

von Heffter[128]) gemacht worden. Allein das erste ist, wie schon Heffter bemerkt hat, für Gaius ein zu gezierter und die Sache zu wenig bezeichnender Ausdruck; das zweyte erfordert theils zu viel Raum, theils ist auch wieder die Redeweise *falsis sacramentis* statt *litigatoribus, qui falso sacramento usi sunt*, viel zu rhetorisch als dass sie Gaius zugeschrieben werden dürfte. Da in der Handschrift *falsiicq(?)**iii* wie Göschen, oder *falsi**miii* wie Blume berichtet, erkannt worden ist, so vermuthe ich, dass *falsi c'uictis* (*convictis*) da gestanden hat, welches wohl in jeder Hinsicht befriedigt. So sagt Plautus *Trucul.* II, 6, (4,) *v.* 5. *Qui et convicti et condemnati falsis de pugnis sient.* Die gewöhnliche Construction ist bekanntlich mit dem Genitiv. Noch mehr würde mir übrigens diese Lesart dem Style des Gaius zu entsprechen scheinen, wenn *sacramenti* dabey stände, was leicht ausgefallen seyn könnte. Jedoch steht *falsum* häufig auch substantivisch für eine falsche Behauptung oder ein falsches Verfahren.

## *Comm.* IV. §. 15.

— *postea vero reversis dabatur* **** *XXX. iudex.*

Dass in der Lücke (*uia(?)t(?) Goesch. uear vel qcxu Blum.*) von den *decemviri* die Rede gewesen, hat zuerst Heffter bemerkt und ich habe in meiner Ausgabe der *Inc. auctor. magistr. p. R. expositt. p.* 49. neue Gründe dafür angeführt. Wenn ich jedoch ebendaselbst die Ausfüllung *eixu* i. e. *e iudicibus decemviris* versucht habe, so ist dabey nicht bedacht worden, dass die Abkürzung *ī* für *iudices* in unserer Handschrift nicht vorkommt. Den Zeichen der Handschrift möchte also folgende Wiederherstellung mehr entsprechen: *isexu* i. e. *iis e decemviris.* Meine a. a. O. über die Stelle des *Liv.* 3, 55. ausgesprochene Ansicht bleibt übrigens unverändert.

---

128) In dessen Ausgabe des vierten Buches von Gaius Institutionen, welche hinfort überall zu verstehn ist, wo dieser Gelehrte ohne Weiteres genannt werden wird.

### *Comm.* IV. §. 16.

— *deinde adseq̄bantur qc'q in psona ageretur.*

So steht in der Handschrift. Daraus hat Göschen gemacht: *deinde sequebantur quaecumque (si) in personam ageretur.* Baumbach: *d. sequebantur quae cum in personam a.* Heffter: *d. adsequebantur quaecumque in personam agerentur.* Endlich Klenze: *deinde eadem sequebantur quae cum quis in personam ageret.* Hier ist das *deinde eadem sequebantur* offenbar die richtige Lesart. Den Schluss aber möchte ich so stellen: *quae et cum in personam ageretur.* In der Handschrift stand nähmlich, wie ich denke, so: *deind. ead. seq̄bantur q̄ ē* (oder *et*) *q'*, wovon das letzte *q* statt *c* gesetzt ist, wie öfter, z. B. 4, 15. Not. 15. der Göschenschen Ausgabe.

### *Comm.* IV. §. 25.

— *itaque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur.*

Da dieser Satz keine Folgerung aus dem vorhergehenden enthält und in der Handschrift *observabantur* steht, so ist wohl zu lesen:

*istaque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabantur.*

Heffter vermuthete *eaque* statt *itaque.* Aber Gaius weist auf dieses alte Recht überall etwas wegwerfend mit *ista* hin; vgl. 4, 29. 30.

### *Comm.* IV. §. 31.

*Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale iudicium fit* — 11 stell. — *cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento aput Praetorem urbanum uel peregrinum.* —

Zwischen *permissum est* und *lege* hat die Handschrift noch *id legis actionem facere*, welches Göschen als einen irrigen Zusatz weggelassen hat. Dagegen bemerkt Heffter, dass sich ausserdem in unserer Handschrift so gut wie gar keine eingeschobenen Glossema befänden und sucht da-

her jene Worte auf folgende Weise zu retten: *permissum est ed.* (*edicto*) *legis actionem facere: lege agere damni infecti etc.* Allein was erstens diese Lesart selbst betrifft, so ist *edicto* offenbar unpassend; denn der Prätor konnte nicht etwas beybehalten was Gesetze abgeschafft hatten, am allerwenigsten *legis actiones.* Ausserdem muss jeder das Ungeschickte, welches in der ganz müssigen Wiederholung des Begriffs *lege agere* liegt, fühlen. Wie aber sollen wir zweytens, wenn Göschens Lesart beybehalten wird, dem Einwurf begegnen, dass Interpolationen bey Gaius fast gar nicht vorkommen? Der Grund dieser Erscheinung überhaupt mag die grosse Leichtigkeit des Schriftstellers und die frühe Zeit, aus welcher unsere Handschrift herrührt, seyn. Dass aber gerade an dieser Stelle doch ein Glossem eingeschoben sey, lässt sich, wie ich glaube, so wahrscheinlich als möglich machen. Ein sinniger Leser war, indem er *ex duabus causis permissum est lege agere* las, dabey angestossen, dass man leicht *permissum est lege*, *agere* verbinden könnte, weil ja gewöhnlich zu *permissum est* die Rechtsquelle, welche gestattet hat, hinzugefügt wird. Er schrieb daher über *lege agere: id.* (*id est*) *legis actionem facere* und diese Bemerkung brachte nachher ein Abschreiber mit in den Text.

In der Lücke nach *iudicium fit* beschreibt Blume die Handschrift so: *pui* | *m* (oder *io*) *io* (oder *e*) * *ueo* Worauf Heffter so herausgegeben hat [129]): *iudicium fuerit pvocatuideo* (*provocatum ideo*) *cum ad centumviros etc.* Allein ich kann mich von dieser Lesart nicht überzeugen. Zuerst ist es schon schlimm, dass das sichere *fit* der Handschrift, welches einen recht guten Sinn gibt, verändert werden muss. Alsdann aber halte ich das dafür substituirte: *iudicium fuerit provocatum* für einen hier sicher irrigen Ausdruck. Als Gewähr ist blos angeführt worden eine Stelle des *Valer. Max.* VIII, 1. §. 1. *Horatius ad populum provocato iudicio absolutus est.* Allein hier liegt eine wirkliche

129) Unterholzners Versuch führe ich nicht an, weil er Blume's Revision der Handschrift noch nicht benutzen konnte.

Provocation vor und *provocato iudicio* steht für *iudicio, contra quod provocatum erat* oder *quod ex provocatione natum erat*, ähnlich wie in *L.* 34. *de legib. contradicto iudicio* für *iudicio, in quo (huic rei) contradictum est.* Dass nun aber die Verhandlung einer Sache vor den Centumvirn auf einer Appellation beruht habe, ist noch von Niemandem behauptet worden. Endlich vermisst man bey dieser Lesart ein Wort, welches andeute, dass noch jetzt die Centumviralsachen durch *legis actio* eingeleitet würden.

Vielleicht trifft folgender Versuch das Wahre:

> *damni infecti et si centumvirale iudicium fit. pin|dehodieq (proinde hodieque) cum ad centumviros itur, ante lege agitur etc.*

Wenigstens schliesst sich diese Lesart möglichst genau an die Züge der Handschrift an und entspricht auch dem Sinn vollkommen. *Proinde* in diesem Sinne ist zwar selten bey Gaius, kommt aber doch vor; vgl. 2, 79. Uebrigens könnte man allenfalls auch *pp | ea (propterea)* lesen.

### *Comm.* IV. §. 34.

*Habemus adhuc alterius generis fictiones.* —

Da zwischen *alterius* und *generis* noch ein *a* in der Handschrift bemerkt worden ist, so möchte zu lesen seyn: *alterius et. (i. e. etiam) generis.* Wenigstens liebt Gaius, wie schon anderwärts gezeigt ist, diese Partikelhäufung. Aehnlich oben 3, 152. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii.*

Den Schluss des Paragraphen hat Blume so zu restituiren versucht:

> *IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est, ipse actor, L. TITII HERES ESSET, TVM SI EVM FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX I. QV. EIVS ESSE OPORTERET; vel si in personam agatur, praeposita simili fictione formula ita subiicitur.* —

Heffter dagegen:

> *IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est, ipse actor, L. SEII HERES ESSET TVM SI IS FVNDVS DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM*

*EIVS ESSET: vel si quid debebatur L. Seio, praeposita simili fictione intentio ita subiicitur.*

Meines Bedünkens haben beyde Versuche in besondern Stücken die Wahrheit getroffen, Einiges aber noch verfehlt. Beydes wollen wir untersuchen, um wo möglich auch diese Stelle in ihrer ursprünglichen Gestalt wieder zu erhalten. Wir legen dabey den Heffterschen Versuch zum Grunde.

*L. SEII*] *Sched. Goesch.: is*(?)*l*(od. *i*)*i*(?)*i. Blum.: inill* Demnach würde sowohl *L. Seii* als *L. Titii* gelesen werden können. Sicherlich ist aber die letzte von Blume vorgeschlagene Lesart, die auch den Zeichen mehr entspricht, die richtige. Denn theils heisst *Seius* niemals *Lucius* mit Vornahmen, sondern immer *Gaius* [130]), theils wird, wenn ausser dem *Aulus Agerius* oder *Numerius Negidius* noch Jemand vorkommt, dieser in der Regel mit dem hauptsächlichsten *nomen fictum L. Titius* genannt; worauf dann zunächst *P. Maevius* kommt. Vgl. 4, 83. 86. 137. und 4, 42. (ein ausserklagrechtliches Beyspiel ist das in *L.* 41. §. 2. *de usur.*) Es könnte noch Jemandem einfallen *illius* zu schreiben, wie 4, 60., allein dieses kommt nur vor wo überhaupt keine Nahmen gebraucht sind, vgl. 4, 46. und eine Menge von prätorischen Edicten.

*HERES ESSET TVM SI IS FVNDVS*] *Sched. Goesch.: h'*eu*(?) *a* (oder *c'*) *****n*** Blum.: h'ite* (oder *a*) *r* (oder *t*) *ea** n* (oder *it*) *d* (oder *e*) *o* und anderwärts statt *erea* u. s. w.: *euusfund* * Demnach scheint *h'eettus* (*i. e. heres esset tum si*) vor *fund..* in der Handschrift zu stehn; für *is* aber findet sich kein Platz in ihr, noch viel weniger für Blume's *eum.* Kein Zweifel also, dass dieses Wort wegbleiben muss, um so mehr, da es niemals gesetzt zu werden pflegt, wenn das folgende Substantiv vorher noch nicht erwähnt war. Man vgl. 4, 37. 40. 41. 47. mit 4, 36 [131]). Ob *fundū* oder *fundu* mit ange-

---

130) Auch in diesen Zusammensetzungen von Nahmen ist ein Streben nach Aehnlichkeit im Schlusse derselben zu bemerken; so *Publius Maevius, Lucius Titius, Gaius, Seius.*

131) Desgl. *Cic. in Verr.* 2, 12. Auch in den prätorischen Edicten

schlossenem *s* gestanden habe, könnte einstweilen dahingestellt bleiben, obgleich an sich ersteres wahrscheinlicher und zu dem folgenden *fuisse* der Handschrift passender ist.

*EIVS ESSET*] *fuisse*, welches die Handschrift hier hat, ist offenbar falsch und aus *esse* und einigen Buchstaben davor entstanden; daher Blume's Emendation *eius esse* besonders wenn man 4, 36. (41.) vergleicht, gewiss Beyfall verdient; sonst könnte *fuisse* auch aus *aaesse* i. e. *Auli Agerii esse* entstanden seyn. Heffters *esset* dagegen muss verworfen werden, nicht nur weil es wider die Handschrift ist, sondern auch weil die Analogie der *formula Publiciana* in 4, 36. *esse oporteret* verlangt. Ohne Zweifel folgte also auf *fuisse* etwa *oet* (*i. e. oporteret*).

*vel si quid debebatur L. Seio*] Die beyden letzten Worte sind wieder unzweifelhaft unrichtig; überhaupt darf hier schwerlich ein Nahme stehn, weil in dem, was Gaius von der zweyten Formel anführt, der Erblasser gar nicht vorkommt. Das Uebrige kann richtig seyn (wenn man nähmlich annimmt, das *siqd* st. *siquid* geschrieben stand) obgleich auch Blume's *vel si in personam agatur* den hier sehr zweifelhaften Zügen einiger Massen entspricht.

*simili fictione intentio ita subiicitur*] Diese Ergänzung kann als sicher angesehn werden, da sie sowohl den Zügen der Handschrift als auch dem Sinn vollkommen und besser als die Blumesche entspricht.

Vollständig würde also nun die Stelle so lauten müssen: *IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est, ipse actor, LVCII TITII HERES ESSET, TVM SI FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET. vel *si in personam agatur* praeposita simili fictione intentio ita subiicitur.*

---

steht es meistens nicht; man vgl. z. B. *L.* 10. *pr. quae in fraud. L.* 1. *pr. de superf. L.* 1. *pr.* §. 29. *de aqua quot. L.* 1. §. 6. *de fonte* mit *L.* 1. *pr. Uti possid. L.* 1. *pr. de fonte. L.* 1. *pr. Utrub. L.* 1. *pr. de migr.*

### *Comm.* IV. §. 36.

In der hier angeführten *Publiciana actio* ist auch noch eine kleine Lücke übrig geblieben:

*IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ** EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM, DE QVO AGITVR, EIVS EX IVRE QVIRITIVM ESSE OPORTERET.*

Für *EMIT ** EI* haben die *Sched. Goesch.: emitus* (*vel emtis*) *ei Blum.: emitts ei.* Heffter vermuthet: *emit, t̄ s̄* (*i. e. tum si*) oder *emit, ī s̄* (*inde si*) *ei.* Allein ich glaube, dass der Abschreiber *emit is ei* geschrieben und vor *is* wegen Verwandtschaft der vorhergehenden Buchstaben *et* ausgelassen hat, so dass zu lesen wäre: *EMIT, ET IS EI TRADITVS EST.* Alsdann gehört die Stelle zu denen, in welchen die relative Construction nachher mit der directen vertauscht wird, weil das Subject wechselt und der frühere Satz schon durch eine Partikel mit einem andern verknüpft ist. Die Construction ist nähmlich so zu fassen, dass *si* zu *usucepisset* gehört und in *quem hominem* ebenfalls wieder eine Conditionalpartikel liegt (statt *si* (*eum*) *hominem emit*) deren Kraft sich nachher auf den folgenden Satz *et is ei traditus est* mit erstreckt.

### *Comm.* IV. §. 37.

— *IVDEX ESTO. SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS ** FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVREAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET, PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERET.* —

Blume berichtet an der unvollständigen Stelle: *dihoniser. filio.* Hierauf gestützt gab es die verschiedenartigsten Vermuthungen. Niebuhr erwarb sich zuerst das Verdienst, *DIONIS* als den Nahmen des peregrinischen Beklagten zu erkennen. Da dieser Nahme bey den griechischen Philosophen eben so wie bey den Römischen Juristen *L. Ti-*

*tius* der gewöhnlichste Beyspielsnahme ist (*Plutarch. Quaest. Rom.* 30.) und von den Römischen Juristen selbst öfter für Sclaven, also ursprüngliche Peregrinen, gebraucht wird [132]), so ist an der Richtigkeit dieses Worts nicht zu zweifeln. Ueber die folgenden Zeichen sprach Niebuhr zuerst die Vermuthung aus, dass am Ende *filii* zu lesen und in der Mitte der Nahme des Vaters ausgefallen sey, wofür Blume auf *Servii* rieth, Göschen aber erinnerte, dass nothwendig ein peregrinischer Nahme dagestanden haben müsste. Ich selbst machte nachher darauf aufmerksam [133]), dass jedenfalls der Nahme desjenigen, dem der Diebstahl geschehn sey, in der Formel vorkommen müsse und schlug *c. R. Titio* oder *c. r. filio* (aus *civi romanOfilio* entstanden) vor. Da aber *Ofilius* niemals als *nomen fictum* vorkommt und es auch in der That einen grossen Mangel an Schicklichkeitsgefühl verrathen würde, wenn die Römischen Juristen den ehrlichen Nahmen eines Mannes, den sie so oft als Gewährsmann aufgestellter Meinungen anführten, auch als Beyspielsnahmen gebraucht hätten, so verwerfe ich diese Meinung jetzt. Seitdem ist eine neue Meinung Niebuhrs durch Heffter bekannt gemacht worden, nähmlich entweder *Servio filio* zu lesen, der wie aus *Fest. v. Municeps* hervorgehe (wo andere Handschriften *Servilius* haben) ein Jurist gewesen sey und vielleicht diese Formel erfunden habe, oder *Servio Ofilio*. Allein beyde Vorschläge trifft der Vorwurf, den ich vorhin meiner eigenen Conjectur gemacht habe und dass der arme Jurist oder Prätor zum Dank für eie erfundene Formel (die übrigens älter war als Servius Sulpicius, *Cic. in Verr.* 2, 12. und ohne Zweifel eine der allerältesten) immer beyspielsweise hätte bestohlen werden sollen, wäre gar arg. Heffter scheint in der Erwähnung des *filius* noch eine versteckte juristische Feinheit (mit Bezug auf *L.* 18. §. 1. *de iudic.*) bemerken zu wollen.

---

132) *Ant. Augustin. de nomin. propr. Pandect. in Otton. Thes. iur. Rom. Tom.* I. *p.* 454.

133) *Analect. liter. Excurs. ad Cic. orat. pro Tull. de recuperator. p.* 217.

Allein abgesehn davon, dass diese gar nicht in der Weise des Gaius liegt und hier so unangebracht als möglich seyn würde, so müsste es ja dann auch *filiusfamilias* heissen.

Mir ist jetzt nicht zweifelhaft, dass die richtige Lesart sey: *DIONIS SERVILIO.* Servilius kommt nähmlich auch schon in folgender Stelle bey *Cic. in Verr.* 2, 12. als Beispielsnahme einer Klagformel vor: *Si vero illud quoque accedet, ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si sit eiusmodi*[134]: *L. OCTAVIVS IVDEX ESTO. SI PARET, FVNDVM CAPENATEM, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM P. SERVILII ESSE, NEQVE IS FVNDVS Q. CATVLO RESTITVETVR: non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium, Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum, quem non oporteat?* Warum aber Gaius gerade hier einen wirklich oft vorkommenden Römischen Familiennahmen wählte, hat offenbar darin seinen Grund, dass es hier darauf ankam, gleich mit dem Nahmen die Civität der Person anzudeuten. Was die Stelle des Festus betrifft, so beweist sie wohl gerade, dass die Verwechselung von *Servilius* und *Ser. filius* etwas Häufiges war; denn die alte Farnesische Handschrift des ächten Festus hat dort *Servilius*[135]. Auch lässt sich diese Verwechselung aus der Sitte zu dictiren leicht erklären. Uebrigens wage ich nicht zu entscheiden, welche Lesart bey Festus die richtige sey. Gewiss ist, dass der Sohn des grossen Servius (und an einen andern kann man doch nicht wohl denken) kein nahmhafter Jurist war, der eben so wie der Sohn des Nerva oder Celsus, schlechthin Servius der Sohn genannt worden wäre[136]. Ein Jurist *Servilius* aber ist ebenfalls ungewiss. Denn die Lesart des *Cod. Flor. in L.* 10. *de iur. patron. idque etiam Proculo placuisse Servilius refert* wird

---

134) So muss man wohl die Lesart der meisten Handschriften: *sit eiusmodi* verbessern.

135) Vgl. *Gothofr. Auct. L. L. p.* 223. (*p.* 170 der Handschr.) *ed. Genev.* 1622.

136) Vgl. *Ev. Otto vit. Ser. Sulpicii. c.* IX. §. 2.

durch andere Handschriften, die *Servius* haben, zweifelhaft gemacht [137]). Da übrigens in der Stelle bey Festus der weit ältere Augur *P. Servilius*, der bey demselben *v. Stella* vorkommt, und auf den Dacier und Otto gerathen haben, nicht gemeint seyn kann, so ist die wahrscheinlichste Annahme doch wohl die, dass gegen Ende des ersten Jahrhunderts ein wenig bekannter Jurist Nahmens Servilius gelebt habe, auf den sich die Stellen bey Festus und in den Pandekten beziehe, und der deshalb Gaius nicht abhielt, seinen Nahmen zum Beispiele zu gebrauchen, weil dieses schon früher üblich geworden war, wie ja aus demselben Grunde auch der berühmte Institutionenverfasser es sich gefallen lassen musste, seinen Nahmen häufig in Beyspielen gebraucht zu finden.

Schliesslich bemerke ich noch, dass auffallender Weise hier die *Sched. Goesch.* von dem Blumeschen Berichte darin wesentlich abweichen, dass erstere zwischen *dihoniser.* und *filio* noch die Zeichen *mi* anführen. Wie diese Abweichung zu erklären sey, dürfte nur durch eine nochmalige Einsicht der Handschrift ermittelt werden können, bis zu welcher bey dem jüngern Bericht stehn zu bleiben ist.

### *Comm.* IV. §. 38.

— *desinit iure civili debere nobis, nec directo intendere* ***, *dare eum eamve oportere.*

Göschen hat *licet* vorgeschlagen, Heffter *iure licet* in den Text gesetzt. Beydes stimmt aber weder mit den Zügen der Handschrift noch mit dem Style des Gaius überein. Dieser fordert durchaus *possumus* und wenn man bedenkt, dass dieses Wort mit drey Buchstaben *psu* (mit angeschlossenem *s*, welches auch noch in dem Blumeschen Bericht sichtbar ist) geschrieben werden konnte, vielleicht auch noch mit wenigern (denn wenn $\bar{s}$ auch einmal

137) *Bynkershoek Observ.* 7, 23. will *Cervidius* daraus machen. Auf jeden Fall kann man nicht: *Ser. filius* emendiren, weil dieser nicht des Proculus jüngerer Zeitgenosse seyn konnte. — Ueber die häufige Verwechselung von *Servius* und *Servilius* vgl. *Otto l. c.* und ausserdem *Valer. Prob. v. SER.*

*sunto* bezeichnet, warum nicht ein anderes Mal *sumus?*) so wird man kein Bedenken tragen, es aufzunehmen.

Comm. IV. §. 47.

In der hier angeführten *depositi actio in ius concepta* erscheinen in der *condemnatio:*

*ID IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO ** SI NON PARET ABSOLVITO.*

an der bezeichneten Stelle die beyden Buchstaben *nr*, aus denen man bis jetzt nichts zu machen gewusst hat. P. Diaconus in seinem Büchelchen *de not. litter.* führt an: *N. R. Non restituerunt.* Das mag richtig seyn; aber er hätte noch hinzusetzen sollen: oder *nisi restituat* und so löse ich hier diese Siglen auf. Niemand wird dagegen einwenden, dass diese Worte hier, in einer *actio bonae fidei* und nicht *arbitraria*, unangemessen seyen; denn theils steht ja nicht dabey *arbitrio tuo*, wie bey den eigentlichen *arbitrariae actiones*, theils kann es ebensowenig schaden, diesen Punct aus der allgemeinen Natur der *bona fides* noch besonders hervorzuheben, als ja auch oft Exceptionen in *b. f. actiones* eingerückt werden, deren Berücksichtigung auch schon mit der *b. f. intentio* gegeben ist. Eine ausdrückliche Beziehung auf diese Worte der *formula depositi* scheint folgende Stelle von Ulpian zu nehmen *L.* 1. §. 21. *depos. Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum recuperaretur, nihilominus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi nisi restituas. — — si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, nisi restituas.* —

Comm. IV. §. 48.

— *itaque etsi corpus aliquod petamus velut fundum — — vestem — — — — — iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est.* —

Soweit hat schon Göschen in den *Addendis* der zweyten Ausgabe die Stelle richtig gelesen. *Sched. Blum.: Turundumm* (?) *c7***ueste ii atiiaimutatum* Wonach Heffter vermuthet *uu fundum mcpium, ueste*

und darauf mit abgekürzter Schreibart *aurum argentum aes* (*vel arte*) *mutatum.* Klenze billigt das erste, statt des letztern aber schlägt er als gebräuchlicher vor: *argentum vel aurum.* Allerdings muss man sich bey Gaius vor nichts mehr hüten, als ihm etwas Gesuchtes aufzubürden. Seine Schreibart ist, wie schon oben bemerkt, so einfach und fixirt, sein Ideenkreis so geregelt und abgeschlossen, dass man danach fast immer eine seinen Sprachgebrauch bestätigende Parallelstelle haben muss, um eine Conjectur für sicher ausgeben zu können. So ist nun zuerst *mancipium* sicher unrichtig (auch kommt wohl die Abkürzung *mcpium* statt *mcipium* nirgends vor), denn *mancipium* heisst ein Sclav, und zwar dieses nicht blos bey Gaius, sondern überhaupt, nur in einem verächtlichen Sinne, insofern er Waare ist, niemals aber ein Sclav, insofern Rechte daran erworben, geltend gemacht oder verlohren werden sollen. In diesem Sinne ist vielmehr der beständige Ausdruck der Römischen Juristen *homo* und so stand denn ohne Zweifel auch hier *homine* (das zweifelhafte *m* ist nähmlich *ho*, die beyden folgenden Zeichen *m*). Was aber das Ende der Lücke nach *vestem* betrifft, so bezweifele ich nicht, dass daselbst die Worte *aurum argentum* standen, auf welche die Zahl der Zeichen genau, ihre Gestalt aber so weit als es von der Beschaffenheit der Scheden erwartet werden darf, passt; denn nur in dieser Ordnung erwähnt Gaius und auch wohl die übrigen Römischen Juristen diese Metalle, wenn, wie hier, von dem Kostbareren zu dem Minderkostbaren abgestiegen wird; vgl. 2, 13. 20. (Eine Steigerung findet sich 3, 90.) *L.* 9. 15. 16. 19. *pr.* §. 1. *L.* 27. §. 3. 4. *L.* 29. *pr. de aur. argent. leg.* Die Stelle wird demnach der eben und auch bereits von Heffter citirten 2, 13. ganz gleich: *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum.*

## *Comm.* IV. §. 52.

— 7 stell. — *iudex si condemnat, certam pecuniam condemnare oportet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit.* —

In der Handschrift stehn vor *iudex* nach Blume folgende Buchstaben: *q́dereuě* deren Erklärung man, wie mich däucht, viel zu weit hergeholt hat. Heffter will nähmlich daraus machen: *Quod de ea re ei visum est*, obgleich weder die Abkürzung *ūē* für *visum est*, noch die andere *q̄d̄ēr̄* für *quod de ea re* irgend jemals bey Gaius vorkommt und die ganze abgekürzte Formel überhaupt nicht diplomatisch nachgewiesen werden kann. Indessen wollte man auch die diplomatische Richtigkeit der Auflösung zugeben, so würden wir mit ihrem Resultat doch nichts anfangen können, indem diese Worte weder als Einleitung zu diesem Paragraphen, wie Heffter will, noch als Schlusssatz zu der Formel des vorigen Paragraphen, wie Unterholzner meint [138]), einen brauchbaren Sinn geben.

Ich bleibe daher ganz bey der gewöhnlichen Bedeutung dieser Siglen in der Handschrift des Gaius stehn und lese:

*Qui de re vero est iudex*, *si condemnat*, *certam pecuniam condemnare oportet etc.*

Man muss sich nähmlich denken, dass in der Handschrift so stand *q́ de re u ē* und nur das kleine über *u* gehörige *o* etwas weiter über *e* gesetztworden war. Der Sinn bedarf kaum einer Erläuterung; Gaius setzt Formel und Richter der Sache einander entgegen; jene kann theils eine *certa*, theils eine *incerta condemnatio* enthalten, wer in der Sache aber Richter ist, muss immer auf eine gewisse Geldsumme condemniren. Mit Recht heisst es daher auch nicht *qui vero de re quacunque*, sondern *qui de re vero*. Durch jenes würde die Kraft des Gegensatzes völlig gelähmt worden seyn. Der Ausdruck *iudicem esse de re* ist der einfachste und an die *formula dationis: Iudex esto* am meisten sich anschliessende; gewiss also dem Style des Gaius angemessen.

## *Comm.* IV. §. 55.

*Item palam est*, *si quis aliud pro alio intenderit*, *nihil eum periclitari*, *eumque ex integro agere posse*, *quia*

138) Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 4. S. 199.

— 26 stell. — *si is, qui hominem stichum petere deberet, Erotem petierit.* —

*Sched. Goesch.: c(?) p* (oder *r*) *liicani**uai(?) ios* (?) *cm* (oder **) *ai*(?) l* (oder *t*) *ur* (oder *d*) *Blum.* —— *agi* —— Hierauf hat Heffter vorgeschlagen und in den Text gesetzt *perrore nihil agiudo videt' uu i. e. per errorem nihil agi iudicio videtur velut.* Allein es ist augenscheinlich, dass diese an sich unwahrscheinliche und auf einer kühnen Voraussetzung (*agiudo*) beruhende Lesart mit dem Göschenschen Bericht, auf den hier fast allein gesehn werden kann, fast gar nicht übereinstimmt.

Ohne Zweifel stand in der Handschrift so: *c'r. etia antiqua ao remanet uu*, so dass also zu restituiren ist: *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse, quia cum re etiam antiqua actio remanet, velut si is, qui etc.*

Der Sinn ist offenbar: deswegen weil die *res* nicht *in iudicium* deducirt ist, muss auch die aus derselben hervorgehende alte Klage bleiben. Wegen des Sprachgebrauchs *actio remanet* vgl. man *L.* 34 §. *ult. de O. et A. L.* 3. *C. de novation.* Besonders ähnlich ist *L.* 21. §. 4. *quod metus causa* (*Paul.*) *Si metu coactus sim ab emptione, locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat.* Justinian hat in den Institutionen (§. 37. *I. de act.*) diesen Satz *qui cum re etc.* weggelassen, weil er gar nicht wollte, dass in einem solchen Falle ein neuer Process angestellt, sondern vielmehr, dass in demselben Processe nur der Fehler verbessert werden sollte.

## *Comm.* IV. §. 59.

— *nam qui forte Stichum et Erotem emerit, recte videtur ita demonstrare: QVOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI; et, si velit, de Sticho alia formula idem agat.*

Das Wort *idem*, wofür die Handschrift *i(?)d* oder *qd* zu haben scheint, hat Heffter mit Recht anstössig gefunden; denn die Redensart *de aliqua re aliquid agere*, so dass das letzte Wort die Bedeutung von klagen beybehält, lässt

sich schwerlich rechtfertigen[139]). Ich vermuthe also, dass in der Handschrift $\overline{dd}$ (*i. e. deinde*) stand. Zugleich aber scheint auch *et, si velit*, welches mit *agat* keine passende Satzverbindung ergibt, in *ut, si velit*, verändert werden zu müssen. Auf ähnliche Weise ist *et* und *ut* verwechselt und jenes statt dieses in mehren Handschriften gesetzt worden in *L.* 11. §. 5. *de action. empt.* — *verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.* So die *Florent.* Haloander und die Vulgata mit andern Manuscripten: *ut pretio restituto mulier reddatur.* — Ueber die in diesem §. vorkommende Sache vergleiche man *L.* 17. §. 4. *Commod.* (*Paul.*) *Duabus rebus commodatis, recte de altera commodati agi posse, Vivianus scripsit. Quod ita videri verum, si separatae sint, Pomponius scripsit. Nam eum qui carrucham puta, vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.*

*Comm.* IV. §. 60.

— *certe cum duae sint depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res, de qua agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur iuris contentio his verbis: QVIDQVID OB EAM REM ILLVM MIHI DARE FACERE OPORTET; in ea vero, quae in factum concepta est,* — 30 stell. — *res de qua agitur designetur his verbis: SI PARET, ILLVM APVT ILLVM DEPOSVISSE: dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit, quam deposuerit, litem perdat; quia in intentione plus* ****

In der Lücke zeigt die Handschrift solche Züge, dass an der Wahrheit der von Göschen vorgeschlagenen Ergänzung: *sine demonstratione in intentione* hinsichtlich der beyden ersten und des letzten Worts nicht zu zwei-

139) Die Frage *quid cum eo agere potes?* in *L.* 10. *de serv. praed. urb.* kann nicht als Beleg dienen, da hier *quid* gleichsam wie Partikel, statt *numquid*, steht.

feln ist. Auch *in* hat in der Handschrift gerade hinreichenden Platz, aus welchem Grunde das von Heffter substituirte *ipsa* zu verwerfen seyn würde. Allein aus einem andern Grunde ist es doch die Frage, ob *in* richtig sey und statt dessen nicht vielmehr *et* gesetzt werden müsse. Liest man nähmlich *in intentione*, so lässt man Gaius sagen, dass die *actiones in factum* auch eine *intentio* haben, ja dass sie, abgesehn von der *condemnatio*, blos aus der *intentio* bestehn, während er doch oben, nachdem von den *partes formulae* gehandelt war, die *in factum actiones* so beschrieben hatte: *in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur* (4, 46.). Vergleicht man diese Stelle mit der unsrigen, so scheint das *nominato eo, quod factum est*, genau den Worten *res, de qua agitur, designetur* zu entsprechen, und darf also von einer *intentio* auch hier nicht die Rede seyn. Schwerlich möchte sich auch eine Stelle nachweisen lassen, wo der Ausdruck *intentio* von einer *in factum actio* im Kunstsinne gebraucht wäre [140]). Auch konnte ja die Frage, welche Gaius hier behandelt, von Anfang gar nicht entstehn, wenn die *actiones in factum* nur eine *intentio* hätten, indem dann die ganze Frage vielmehr an den Ort gehören würde, wo von dem *plus ponere in intentione* die Rede ist. Nach allem diesen würde nun unsere Lesart *sine demonstra-*

140) Da es für manche Untersuchungen von Interesse seyn kann, die Stellen bey einander zu haben, in denen der *intentio* Erwähnung geschieht, so lasse ich hier eine kleine Sammlung derselben folgen: *Cic. Rhetor.* 2, 5. 21. 23. 24. 26. 29. 31 *etc. Iuret. ad Symmach.* 5, 77. *Iul. Victor. art. rhetor.* c. 2. *L.* 12. 19. *de probat. L.* 3. §. 3. *de testib. L.* 3. §. 5. *de agnosc. et al. L.* 2. *de contr. tut. L.* 49. §. 5. *de leg.* 1. *L.* 5. §. 10. *de his quae ut ind. L.* 85. §. 5. *L.* 139. 103. *de V. O. L.* 20. *ratam rem. L.* 7. *pr.* §. 1. *L.* 20. *de iniur. L.* 15. *de accus. L.* 30. §. 1. *ad leg. Cornel. de fals. L.* 18. §. 2. *de quaest. L.* 25. *de iur. fisc. L.* 172. §. 1. *de R. I. L.* 42. §. 1. *de reb. cred. L.* 2. §. 7. *de eo quod cert. L.* 2. *pr. L.* 9. 12. *de exceptt. L.* 3. *L.* 10. §. 1. *de H. P. L.* 17. *comm. praed. L.* 4. §. 7. *L.* 6. *pr. L.* 9. *pr. si serv. vind. L.* 22. §. 9. *sol. matr. L.* 93. *pr. de solutt.* — *L.* 8. *C. de edend. L.* 23. *C. de transact. L.* 21. 24. *C. de R. V. L.* 7. *C. de H. P. L. un. C. Herm. ad exhib. Paull.* V, 11. §. 2. *interpr. L.* 17. *de evictt.* — *Contentio* für *intentio* steht *L.* 18. *pr. de probatt. L.* 22. *pr. de aqua et aquae L.* 7. *pr. de iniur. L.* 2. *si serv. L.* 9. *C. de procur. Paull.* II, 31. §. 22.

*tione et intentione* als durchaus nothwendig sich darstellen, wenn nicht die Möglichkeit übrig bliebe, dass Gaius das Wort *intentio* hier in einem allgemeinern Sinne gebraucht hätte, nähmlich für Behauptung des Klägers überhaupt (statt Behauptung eines Rechts), was aber bey der Entgegensetzung der *demonstratio*, die ja auch eine Behauptung enthält, wenig Wahrscheinlichkeit hat. Man könnte sich ausserdem zur Rechtfertigung des *in intentione* noch auf den Schluss unseres Paragraphen berufen wollen, wo, wie es scheint und wie Heffter geradezu gesetzt hat, *quia in intentione plus posuit* folgte[141]). Allein ich glaube, dass Gaius vielmehr fortfuhr: *quia in intentione plus posuisse quodammodo videtur* und damit gerade andeutete, dass hier die *facti nominatio* nur die Stelle der *intentio* vertrete und in den Wirkungen ihr gleichstehe.

Comm. IV. §. 63.

*iudici* — 15 stell. — *compensationis rationem habere* — 8 stell. — *formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, id officio eius contineri creditur.*

In den *Sched. Goesch.* sieht der Anfang der ersten Lücke so aus: *iudici iiidiciii*i***m* bey *Blum.* die ganze Lücke so: *iudici nullume* (oder *ru* statt *me*) *m* (oder *n*) **inutum* In der zweyten Lücke *Sched. Goesch.*: *n* (?) *t* (?) *l* (oder *i*) **p* (oder *r*) *im* (oder **o*) *Blum.*: *s*p̃* (oder *l*) *er* (?) ***m* (oder *io*). Da nun vor *iudici* in der Handschrift die Züge für *in his* erkennbar sind, so hat Heffter so restituirt:

*In his quidem iudici nullo modo est iniunctum compensationis rationem habere: neque enim formulae verbis praecipitur etc.*

Obgleich dieses mit den Zügen einige Aehnlichkeit hat, so ist es doch sicher unrichtig, weil die Trennung des *iniunctum est* von dem *praecipitur* entweder eine Unrichtigkeit (wenn nähmlich *iniunctum est* so viel als *ne-*

141) Vgl. *Heffter Observ. in Gai. lib. 4. p. 60 not. 11.*

*cessitas est, incumbit* bedeuten soll) oder ein leeres *idem per idem* (wenn es nähmlich heissen soll: *a praetore iniunctum est*) enthält. Auch hat *quidem* nach der Handschrift wenig Wahrscheinlichkeit und das *nullo modo* scheint hier eine unpassende Negation. — Passender scheint mir folgende Wiederherstellung:

*In his iudici in damnando* (oder *7demnando i. e. condemnando*) *reum compensationis rationem habere, ñ* (*non*) *quidem formulae verbis praecipitur, sed etc.*

Bey der Vergleichung derselben mit den obigen Zügen des Manuscripts ist die Unsicherheit der letztern in Betracht zu ziehen.

*Comm.* IV. §. 72.

*Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve* — 27 stell. — *constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotiatur.* —

In der Lücke sind blos im Anfange die Zeichen *p* (oder *r*) *oii* und am Ende: *busue* sichtbar. In Justinians Institutionen ist die Stelle so gefasst (§. 3. *I. quod cum eo contr.*): *Introduxit et aliam actionem Praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce etc.*

Heffter hat nun folgende Ergänzung vorgeschlagen: *pro filiis filiabusve servis ancillabusve* welche auch Unterholzner höchst wahrscheinlich nennt [142]). Allein mir scheint nicht nur die Redensart *pro filiis etc.* in dieser Anwendung sehr ungewöhnlich, sondern auch die Unterscheidung der beyden Geschlechter, die doch Gaius bey den frühern Klagen dieser Art nicht gemacht hat, hier um so auffallender, als diese nicht schon im Edict selbst vorkam, sondern erst in den ausführlichen Commentaren zum Edict durch Interpretation bemerklich gemacht wurde (*L.* 5. §. 2. *de tribut. act.*). Und woher der Plural für diese Personen, da sonst überall, im Vorhergehenden wie im Nachfolgenden der Singular steht? Auch möchte sich die ungewöhnliche Beugung *ancillabus* schwerlich bey Römischen

142) Krit. Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 4. S. 199.

Juristen nachweisen lassen. Gewiss also ist diese Ergänzung unrichtig. Dagegen möchte die folgende Beyfall verdienen, die den Zeichen der Handschrift eben so gut entspricht:

*Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve pr (praetoris) edicto de eor. (i. e. eorum) mercibus rebusve constituta est etc.*

Die Erwähnung des prätorischen Edicts ist nothwendig, weil sie auch in der Institutionenstelle vorkommt und auch bey der *actio quod iussu*, *exercitoria* und *institutoria* des Prätors als ihres Urhebers gedacht ist; das folgende *de mercibus rebusve* entspricht ganz dem *de peculio deque eo quod in rem patris dominive versum est* im nächsten Paragraphen und dem *in solidum* bey der *actio quod iussu.* Ueber die Sache ist ausser diesem Paragraphen selbst (— *quidquid in his mercibus erit*, *quodque inde receptum erit*) §. 74. und *L.* 11. *de tribut. act.* vorzüglich zu vgl. *Ulp. L.* 5. §. 16. *eod. Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad Bucinum habuit, ratiocinator, alius eius, quam trans Tiberim: aequissimum puto, separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* Hier wie dort ist der unbestimmte Ausdruck *re merceve* (*rebus mercibusve* oder besser umgekehrt) gebraucht, weil die genauere Bestimmung schon bekannt war oder noch nachfolgte.

## *Comm.* IV. §. 80.

*Haec ita de his personis, quae in potestate sunt, sive ex contractu sive ex maleficio earum controversia esset. quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt,* — 17 stell. — *ex contractu earum ageretur, nisi ab eo, cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, veneunt.* —

In der Lücke berichtet Göschen: *iiiiiisa*(?)*ic*(oder *i*) *ii***i*(?)*cum* und vermuthet: *legitimo iudicio.* Aber es ist sehr unwahrscheinlich, dass blos wenn *legitimo iudicio* gegen solche Personen geklagt wäre, die *venditio bonorum* statt gefunden haben sollte. Auch konnte ja, wenn kein *de-*

*fensor* auftrat, noch gar nicht gesagt werden, das (überall nicht vorhandene) *iudicium* sey *legitimum* oder *imperio continens.* Die nachher vorkommende Erwähnung des *iudicium imperio continens* muss sich also wohl auf etwas Anderes beziehn. Heffter hat in den Text gesetzt: *rescissa capitis deminutione cum ex contractu earum ageretur.* Aber offenbar müsste es heissen: *cum ex contractu earum rescissa cap. dem.* Auch kann von der *rescissa capitis deminutio* eigentlich wieder nicht eher die Rede seyn, als bis eine *formula* gegeben wird, welches aber wenn kein *defensor* auftritt, nicht möglich ist [143]). Ich glaube also, dass man lesen muss: *siū. ex maleficio siue ex contractu earum ageretur etc.* welches eben so sehr der Einfachheit des Gaius wie den Zügen der Handschrift zu entsprechen scheint.

In den folgenden Worten:

*sed cum* — 12 *stell.* — *imperio continenti iudicio* —

scheint nach den Zügen, welche Göschen und Blume aus der Handschrift anführen: *rciss*(oder *a*)*cp*(oder *i*)*foro* (oder *npiis* statt *foro*) nicht, wie Heffter vorschlägt: *in factum formula aut* sondern: *xcisa xap. dim.* (*i. e. rescissa capitis diminutione*) ergänzt werden zu müssen und das Folgende mit dem, was oben 3, 83. *in fin.* bemerkt worden ist, zusammengehangen zu haben. Auf welche Weise aber, wage ich nicht zu bestimmen.

## *Comm.* IV. §. 81.

— *quanquam diximus* — 6 *stell.* — *permissum fuisse*, *ei mortuos homines dedere*, *tamen etsi quis eum dederit*, *qui fato suo vita excesserit*, *aeque liberatur.*

*Sched.*: *fis* (oder *re* statt *fis*)****ā** Daher Heffters auch an sich nicht recht passende Ergänzung *nunquam* schwerlich richtig ist. Ich vermuthe: *reo ñ i. e. reo non.* Auch ist nachher statt *ei*, welches keine rechte Beziehung hat, entweder *et. i. e. etiam* oder, indem man

143) Vgl. auch Unterholzner in der Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 201. der diese Lesart ebenfalls verwirft.



diese beyden Zeichen zu dem folgenden *mortuos* zieht, *demortuos* zu lesen. Ersteres scheint vorzüglicher. Statt *etsi* würde ich schreiben: *et si.*

### *Comm.* IV. §. 95.

Sollte etwa der vielbesprochene Schluss dieses Paragraphen so zu lesen seyn:

*numm. finitu* || *rp legem crepeream i. e.*
*nummis finitur per legem Crepereiam?*

*Sched. Blum. fitso* (oder *g* oder *q*) *let* (oder *le* oder *ra* oder *ri* statt *let*) || *pr legem.* — *Propter* scheint mir auf jeden Fall unrichtig.

### *Comm.* IV. §. 122.

— *de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices* — 5 stell. —

Da die Handschrift *egant* zeigt, so ist unter den verschiedenen Vorschlägen wohl *agant'* d. i. *agantur* das Richtige. Wenigstens sagt man *actiones, iudicia aguntur* ganz gewöhnlich. Vgl. *L.* 39. §. 1. *de procurat. L.* 5. §. 3. *si ususfr. pet. L.* 55. (*Flor.*) und *L.* 40. *famil. ercisc.* Letztere Stelle ist von Gaius selbst. *Litem agere* sagt Ulpian *L.* 3. §. 2. *de tutelis.*

### *Comm.* IV. §. 125.

*Semper peremptoria quidem exceptio nocet; ideoque si reus ea non fuerit usus, in integrum restituitur recuperandae exceptionis gratia: dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur.*

Wie der Anfang des Satzes jetzt lautet, scheint er dem einfachen und fliessenden Style des Gaius nicht angemessen. Da nun statt *Semper peremptoria* die Handschrift blos hat *Sempemptoria* und die Worte *nocet, ideoque si reus ea* ebenfalls nichts weniger als sicher sind, so möchte vielleicht folgende Lesart richtiger seyn:

*Sed peremptoria quidem exceptio semp. aeq̀ ē qr q́ ea* (*i. e. semper aequa est, quare qui ea*) *non fuerit usus etc.*

Man vergleiche die *Schedae.* Statt *aequa* wäre vielleicht *iusta* zu lesen.

## *Comm.* IV. §. 131.

Die erste Lücke dieses §. hat Heffter wenigstens dem Sinne nach sehr schön ausgefüllt. In der zweyten in folgender Stelle befindlichen:

*item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO: ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda* — 1 vers. et 7 stell. — *totius illius iuris obligatio, ita concepta actione: QVICQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur: ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

wo Blume aus der Handschrift angibt: |*iu*si******ue*** epie*(oder *o*)*a**u*(oder *e*)****iubli*(oder *n* statt *li*)*sn* (oder *it*)**ps*|*posumus*, hat Heffter restituirt: *ea*|*iure stiponis vel ex ēpto agere iterūtiliter possimus* d. h. *de tradenda ea iure stipulationis vel ex empto agere iterum utiliter possimus. sed.* Obgleich nun auch hier im Ganzen gewiss von einer richtigen Idee ausgegangen ist, so scheint mir doch im Einzelnen Mehres von den Schriftzügen zu sehr abweichend oder zu gekünstelt und die Verbindung mit dem folgenden Satze durch *sed* passt gar nicht in den Zusammenhang. Ich schlage vor: *ea*|*ūexstiptuūex empto actione iterūagere*|*possimus* (*alioqui*) denn dass zwischen *possimus* und *totius* (zwey ähnlichen Wörtern) etwas ausgefallen sey, ist offenbar. — Im Folgenden hat Heffter statt *ita concepta actione*, mehr an die Handschrift (*Sched. Goesch.: ill*inc*(oder *s*)****?*|*ia Blum.: illein***|*ta*) sich anschliessend, herausgegeben *illa intenta actione*, ein, wie es scheint, hier nicht ganz passender Ausdruck. Das Richtige möchte seyn: *illa incerta actione* welches auch an die Züge der Handschrift sich am meisten anschliesst. Das nähmlich, was hier entschied, war, dass die Klage eine *incerta* war, in der die *intentio* mit *QVICQVID* anfing und deshalb das ganze Recht consumirte.

Vgl. 4, 54. Das Ganze würden wir also von *ut postea si* an, so lesen:

*ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea vel ex stipulatu vel ex empto actione iterum agere possimus. (alioqui) totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QVIDQVID OB EAM REM N. N. A. A. D. F. O. per intentionem consumitur: ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

### *Comm.* IV. §. 151.

— *eiusque a quo emerit aut donatione acceperit.* —

*Sched.: emerit u ex donatione ū donatione acceperit.* Daher Heffter herausgegeben hat: *emerit vel ex traditione aut donatione acceperit.* Und allerdings scheint jenes *vel ex* und nachher *aut* darauf hinzudeuten, dass hier noch ein Wort gestanden, welches der Abschreiber nur verschrieben habe. Allein *traditio* ist offenbar unrichtig, da hier nicht von einer *traditio*, sondern von einer *iusta causa, ex qua traditur (accipitur)* die Rede ist. Vielleicht ist zu lesen:

*eiusque a quo emerit vel ex solutione aut donatione acceperit.*

### *Comm.* IV. §. 152.

— *itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis prioribus V, et ego VII posterioribus, ego potior ero* — 11 stell. — *mensium possessionis* ** *tibi in hoc interdicto* — 25 stell. —

*Sched.: qu (?) lib*i*l (?) e (?) mensium possionis ii tibi in h' interdicto idcq*iir* (oder *p*) *u* (?) *i* (?) | *i* (?) *iianiii*o* (oder *c*) *ssio* (?) *c.* Heffter hat daraus gemacht: *q̄ulib. (quaelibet) ů (vero) plur̄. (plurium) mensium possessionis c̄ (causa) tibi in hoc interdicto aequipa|uit (aequiperabit) anni possioe̅ (possessionem).* Aber theils sind hier ganz unerweisliche Abkürzungen vorausgesetzt, wie die für *quaelibet* und *plurium*, theils ist auch der Gedanke so undeutlich und ungefügig ausge-

drückt, dass Niemand die Hand des Gaius darin erblicken wird.

Folgende Ausfüllung scheint nicht nur dem Sinne und der Ausdrucksweise unseres Schriftstellers vollkommen zu entsprechen, sondern auch den Zügen der Handschrift sich viel genauer anzuschliessen:

*ego potior ero ratione VII mensium possessionis n' (nec) tibi in hoc interdicto pdē q̄d (prodest, quod) prior|tua possessio ē (est).*

Hiernach würde also die Lesart unserer Handschrift *prioribus V* und *VII posterioribus* allerdings richtig seyn und Theophilus, der das Beyspiel umgekehrt setzt (*prioribus VII* u. *V posterioribus*) nicht aus Gaius geschöpft haben. Auch ist dieses an sich angemessener, weil man doch im Allgemeinen erwarten sollte, dass der geschützt würde, der den Besitz in der Zeit, auf welche es ankommt, früher hatte und gegen den der spätere Besitzer als unrechtmässiger Entzieher desselben erscheint. Zu Justinians Zeit dagegen, als man das eigenthümliche Wesen des Interdicts *utrubi* zu begreifen längst aufgehört hatte und es dem *Uti possidetis* gleichgestellt worden war, schien das vielmehr auffallend, dass nicht der, welcher zur Zeit des *interdictum editum* besessen hatte, sondern der, welcher im letzten Jahre früher längere Zeit besessen hatte, den Sieg in demselben davon tragen sollte, und so änderte Theophilus das Beyspiel nach dieser Ansicht. — Ueber *ratione*, welches oft: mit Rücksicht auf oder wegen bedeutet, wenn von einer Berechnung die Rede ist, vergl. man *Brisson. de V. S. v. ratio* §. 3.

### *Comm.* IV. §. 153.

— *quinetiam plerique putant, animo quoque retineri possessionem * nostrorum* — 31 stell. — *animo solo quamvis retinere *** videamur.*

*Sched.: q. nostror'* *** *ma* (oder *c*) *ii.* (?) *** *ci at̄* (oder *et̄* statt *at̄*) ** *i* (?) *i* (?) *q̄* (oder *o*) *n* (oder *ii*) *iam* (?) *pcic* *** *i animo solo qu. uol* *** *riio* (od. *ii*) *c* (od. *o*) *crcii*ciiuqi* (*Hi ductus incerti fere sunt omnes*) **** (?)

*retinere p' ** uideamu** Heffter hat nun so ergänzt: *quae nostrorum opinio est: unde etiam placuit, ut quoniam possidemus animo solo quando voluerimus reversuri abire retinere possessionem videamur.* Allein von allem Uebrigen nahmentlich dem ganz unpassenden Satze: *quando voluerimus reversuri abire* abgesehn, wie ist es möglich, dass derselbe Satz, aus dem gefolgert wird, wiederum als Folgesatz aufgestellt werde und noch obendrein aus einem schielenden Grunde (*quoniam animo solo possidemus*) und mit dem Wort *placuit*, welches auf eine allgemein angenommene Meinung hinweist?

Eine vollkommen sichere Ergänzung dieser Lücken zu liefern, möchte nun wohl bey der bemerkten Unsicherheit der handschriftlichen Züge fast unmöglich seyn. Ein Versuch indessen, der wenigstens den wahrscheinlichen Gedankengang nachweise, darf wohl gewagt werden. Es könnte nähmlich in der Handschr. ursprünglich so ausgesehn haben.

*q̄ nostror' ṗceptor' s̄a ēd̄ āt s̄a z̄rium placet* (*i. e. quae nostrorum praeceptorum* [144]) *sententia est; diversae autem scholae auctoribus contrarium placet*) *ut animo solo, quamvis voluerim'* (*voluerimus*) *ad rē* (*rem*) *reverti t̄.m* (*tamen*) *retinere p̄sn* (*possessionem non*) *videamur.*

## *Comm.* IV. §. 155.

Der von mir zur Ergänzung dieses Paragraphen gemachte Versuch (*Comm. ad Cic. orat. pro Tullio in Analect. litterar. p.* 165.) scheint mir auch nach den neuern Vorschlägen von Heffter und Klenze noch der Beachtung werth; daher ich hier an denselben zu erinnern mir erlaube.

## *Comm.* IV. §. 163.

— *set actor quoque sine poena experitur cum eo, qui neque*

---

144) Ich würde mit Heffter blos *nostrorum opinio est* lesen, wenn nicht *nostri* schlechthin so gut wie gar nicht vorkäme. 2, 223. kann nähmlich nicht angeführt werden, weil dort *nostri* und *illi* mit Bezug auf die kurz vorher schon genannten *nostri praeceptores* und *diversae scholae auctores* entgegengesetzt werden.

*exhibere*, *neque restituere quidquam offert*, *nisi calumniae iudicium ei oppositum fuerit.* —

Zu verwundern ist es, dass bis dahin Niemand an dem Worte *offert* Anstoss genommen hat, obgleich es weder grammatisch sich construiren lässt, noch auch irgend einen passenden Sinn gibt. Wenn mich nicht Alles täuscht, so hat der Abschreiber *offert* statt des sehr ähnlichen *opportet*, welches in seinem oder einem frühern Manuscripte stehn mochte, geschrieben und man muss also lesen:

*cum eo*, *quem neque exhibere neque restituere quidquam oportet etc.*

Ueber den Schluss der Stelle wage ich keinen Ergänzungsversuch. Der Inhalt aber scheint dieser gewesen zu seyn: Einige hatten geglaubt, dass dem Beklagten das *calumniae iudicium* alsdann nichts nütze, wenn er einen *arbiter* verlangt habe, weil er damit selbst eingeräumt zu haben scheine, dass er etwas zu restituiren oder zu exhibiren schuldig sey (*quasi hoc ipso confessus videatur*, *restituere se vel exhibere debere*) und folglich der Kläger nicht *in dolo* seyn könne. Allein die entgegengesetzte Meinung war die herrschende und mit Recht; denn auch so kann der Kläger wider besseres Wissen geklagt haben und einen *arbiter* kann jeder nach seinem Belieben aus irgend einem andern Grunde als weil er schuldig zu seyn glaubt, sich erbitten. — Einen ganz andern Sinn vermuthet hier Heffter [145]. Aber ich fürchte, dass er eben so unwahrscheinlich sey, wie die von ihm hier versuchte Ergänzung gewiss unrichtig ist. [146]

---

145) *Observ. lib. ad Gai. lib. quart. Inst. obs. 25.*

146) Zimmern Rechtsgesch. Bd. 3. §. 71. S. 221. sagt: „Doch konnte dem Kläger in diesem Falle das *calumniae iudicium* opponirt werden, vielleicht auch dem Beklagten, welchen bey verweigerter Annahme Manche nun als geständig gelten lassen wollten, aber *alio iure utimur*, sagt Gaius". Allein das *calumniae iudicium* wird ja immer nur dem Kläger opponirt; als *poena temere litigandi* gegen den Beklagten ist es uns völlig unbekannt. — Dass die Worte *hoc ipso* auf den *arbitrum postulatum* sich beziehn, beweisen auch die Züge der Handschrift, indem vor *quasi hoc ipso* offenbar *p'ulato* oder *p'ulaverit* gestanden hat.

### *Comm.* IV. §. 165.

Mit Beziehung auf das, was ich über diese Stelle in meiner Abhandlung *de causa Siliana p.* 10. 12. noch vor der genauen Bekanntschaft mit Blume's weitern Entzifferungen gesagt, glaube ich nun, dass sie so gelesen werden müsse:

*nam actor provocat adversarium sponsione, ni contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit. ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subiicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda: ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur.* —

### *Comm.* IV. §. 169.

*Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio iudicio de possessione reciperanda experitur, ita* — 6 stell. — *de fructus licitatione agere: in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actoris satis accipiatur.* —

Die kleine Lücke, für welche Blume *specialiter*, Heffter *separatim et* vorgeschlagen haben, möchte am passendsten mit *similiter* ausgefüllt werden; denn dass ein specielles, für sich bestehendes Rechtsmittel dieserhalb statt finde, sagt Gaius gleich darauf und kann es daher hier nicht schon gesagt haben; dagegen bedarf es wohl eines Worts, welches die Vergleichung dieses Rechtsmittels mit dem *Cascellianum iudicium* noch mehr hervorhebt.

In den Schlussworten bezweifele ich nicht, dass statt *actoris satis accipiat* (wie die Handschrift hat) zu lesen sey *actor satis accipit*, indem der Abschreiber durch den ähnlichen Ausgang des Worts *satis* und durch den Schein, dass *nomine* einen Genitiv neben sich haben müsse, verleitet, *actoris* und dann nach einem sehr gewöhnlichen Irrthum den Conjunctiv statt des Indicativs setzte.

Uebrigens hing es mit diesem *fructuarium iudicium*

wahrscheinlich so zusammen: Schon die zwölf Tafeln hatten den Grundsatz anerkannt, dass wenn Jemand vor Gericht selbst den Besitz einer in Streit befangenen Sache sich verschaffte, und nachher es sich erwiese, dass ihm der Besitz nicht gebühre, seine gleichsam im Angesicht des über diesen Rechtsstreit schon aufgerufenen Gesetzes begangene *mala fides* durch Ersatz der doppelten Früchte geahndet werden solle [147]). Diese Verordnung bezog sich also, wohl zu bemerken, nicht auf die Früchte überhaupt, sondern auf die *ex falsa vindicia* d. h. dadurch und seit der Zeit, dass der Beklagte vom Prätor *durante lite* in den Besitz gesetzt war, gezogenen oder vernachlässigten Früchte. Die *praedes litis et vindiciarum* aber sicherten den Gegenpart auch wegen jenes *duplio*. Nach dem Wegfallen der *legis actiones* und der *vindiciae* kam nun zwar jenes Zwölftafelgesetz seinen Worten nach ausser Gebrauch; seinem Sinne nach aber nöthigten die Prätoren jetzt so oft Jemanden zu einer *duplae repromissio*, als er durch den Prätor selbst den Besitz und die *facultas fructus percipiendi* behalten oder erhalten und so die obrigkeitliche Hülfe gemissbraucht hatte. Zu diesen Fällen [148]) gehörte nun auch der hier vorkommende. Weil aber hier in der *summa fructus licitationis*, die ohne Zweifel nach ertheiltem Zuschlage sogleich in eine Stipulation gefasst wurde, schon der eine volle Betrag der Früchte — so wie ihn der Sieger ohne Widerspruch des andern Theils selbst angeschlagen hatte — enthalten war, die *fructus licitatio* selbst aber hier deshalb eintreten musste, weil nach der rein factischen Natur des Besitzes nicht so wie wenn über das Eigenthum gestritten wird von einem muthmasslichen vom Prätor zu bestimmenden Berechtigten die Rede seyn kann, so wurde hier die *fructuaria stipulatio* nur auf eine *simpla* abgeschlossen und machte so zusammt der *stipulatio summae fructus licitationis* nur mit der der Natur des Falles angemesse-

---

147) *Fest. v. Vindiciae.* Dieser Fall gehört also gewisser Massen zu denen, *ubi lis inficiando crescit in duplum.*

148) Andere vgl. *Paull. S. R.* V, 9 §§. 1. 2. I, 13*B*, §. *8. *L.* 1. *C. Th. de fruct. et lit. exp. L.* 1. *C. Th. de usur. rei iudic. Ambros. epist.* 29. *Schulting* et *Iac. Gothofred.* ll. cc.

nen Modification wieder die gewöhnliche *dupla* aus [149]). Allein ausserdem, dass der Prätor zu diesen Stipulationen zwang, ertheilte er dem *fr. licitatione victus* statt der *fructuaria stipulatio* auch eine besondere *in factum actio*, das *fructuarium iudicium* und zwar deshalb, weil hier die Früchte nicht blos etwas erst folgeweise zur Sprache Kommendes waren, wie bey der *in rem actio*, sondern etwas Hauptsächliches, indem der Prätor durch Ertheilung des zweifelhaften Besitzes und Fruchtgenusses an Einen der streitenden Theile selbst erst ein **Rechts**verhältniss unter den Partheyen eben hinsichtlich des Besitzes und der Früchte begründet hatte, welches er auch durch Klagen schützen musste, und in welchem der Fruchtgenuss und der Besitz in der That so durchaus gleich ursprünglich sind, dass, wenn wegen der Herausgabe des Besitzes der Sache, nothwendig auch wegen der Früchte eine *in factum actio* gegeben werden musste. Wegen dieser Klage nun aber, obgleich sie persönlich ist, musste auch der Beklagte die *satisdatio iudicatum solvi* stellen, aus demselben Grunde, der bey der *rei vindicatio* auch hinsichtlich der Sache selbst zur Anwendung kam: *quod interea ei rem* (hier *fructus*) *quae an ad eum pertineat dubium est, possidere conceditur* (**Gai.** 4, 89.). Man könnte auf einen Augenblick zweifeln, ob nicht ganz dasselbe Verhältniss auch beym *Cascellianum iudicium* eintrete und daher auch hier *iudicatum solvi* cavirt werden müsse? Denn auch da wird ja dem Andern einstweilen etwas zugestanden, von dem es zweifelhaft ist, ob es ihm zukomme. Allein die Aehnlichkeit ist nur täuschend; denn vom Besitz, der als solcher blos ein factischer Zustand ist und mit dem Factischen selbst völlig aufhört, ohne dass man von einem fernern Rechte an demselben sprechen könnte, gilt nicht dasselbe wie von den Früchten, welche in das Eigenthum des Besitzers kommen: die letztern hat der, welcher in der Versteigerung mit Unrecht den Sieg davon trug, als fremde Sachen inne, und das *fructuarium iudicium* vertritt die Stelle einer *in rem actio;* den Besitz dagegen hat er inne, weil er

---

149) Vgl. *Heffter Observ. 24. ad Gai. lib. quart. Inst.*

ihn hat und es gilt daher von dem *Cascellianum iudicium* ganz dasselbe was von den übrigen Rechtsmitteln wegen factischer Zustände: *interdicta licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* (*L.* 1. §. 3. *de interdict.*). Mithin wird hier nicht cavirt. — Es hängt hiermit auch zusammen, warum jene Versteigerung nicht *possessionis* sondern *fructus licitatio* genannt wird. Ueber den Besitz wird durch das ganze Verfahren *retinendae possessionis causa* gestritten; daher der Fiction nach das factische Verhältniss, wie es der Prätor durch sein *imperium* schützen wird, als bey dem, der es zur Zeit des *interdictum editum* hatte, unveränderlich verharrend gedacht wird, und nicht Gegenstand einer Versteigerung unter den Partheyen seyn kann (*suae rei vel possessionis nulla est emptio*). Dagegen gehören die vom Augenblick des Interdicts an zu ziehenden Früchte noch Niemanden und auf sie kann ebensowohl von dem einen und von dem andern gebothen werden, wie ihre Perception es auch eigentlich ist, um deren willen jeder während des Processes die Sache innezuhaben wünscht. Wenn also einer von beyden in Folge der *fructus licitatio* in den Besitz der Sache gesetzt wird, so erhält er nicht eigentlich das factische Verhältniss, über welches Streit ist — denn das wäre selbst unmöglich, weil ein Factum in jeder Veränderung wieder ein neues ist — sondern die *facultas fructus percipiendi*, die nur nicht ohne Besitzer der Sache gedacht werden kann.

### *Comm.* IV. §. 181.

***** si ab actore *** restipulationis poena petatur, ei neque calumniae iudicium opponitur, neque iurisiurandi religio iniungitur.* —

*Sched.*: *ai*(oder *n* statt *ai*)*n*(oder *a*)*m* und nachher: *ii*(oder *e* statt *ii*)*i*(oder *t*, oder *a*) Heffter hat herausgegeben: *Sane si ab actore ea restipulationis poena petatur etc.* Dieses weicht aber zu sehr von der Handschrift ab. Vielleicht ist zu lesen: *Etiam si ab actore* $\overline{at}$ (*i. e. autem*) *etc.* Gaius pflegt nähmlich *autem* gern weit in den Satz hineinzusetzen und hier musste dieses geschehn, wenn es nicht gleich hinter dem für sich zu bedeutungslosen *Etiam*

stehn sollte. *Etiam* aber war nothwendig, weil das, was hier von der *restipulatio* bemerkt wird, kurz vorher auch von andern *poenae temere litigantium* gesagt war.

Comm. IV. §. 186.

— *nec tamen pluribus quam sestertium C milibus fit vadimonium. itaque si centum milium res erit, nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium.*

Schon Heffter hat vermuthet, dass in dem Satze vor *itaque* etwas ausgefallen sey, weil diese Folgerung auf das Vorhergehende nicht passt. Was er aber restituirt, ist theils zu weitläuftig, theils erklärt es nicht, wie der Abschreiber zu dieser Auslassung bewogen werden konnte. Ich glaube, dass in seiner Handschrift so stand:

*nec tamen plur. qpd n' pluribus q. ss. c milibus fit vadimonium.*

d. i. *nec tamen pluris quam partis dimidiae nec pluribus quam C milibus fit vadimonium.* Da er sich aber in die Abkürzungen nach *pluris* nicht finden konnte und gleich nachher *pluribus* fand, mochte er glauben, das letztere Wort stehe irrig zweymal und zwar das erste Mal verschrieben in seiner Handschrift und fuhr sogleich mit *pluribus quam ss. C milibus* fort.

## IV.

## Ueber das Salvianische Interdict.

Der Einfluss der geschichtlichen Behandlung des Rechts auf die Doctrin würde bey weitem zu gering angeschlagen werden, wenn man ihn auf den Gewinn einzelner Hülfsmittel zur Aufklärung dieses oder jenes schwierigen Puncts in unsern Quellen beschränken wollte. Vielmehr ist der Nutzen derselben weit bedeutender, dass man durch sie in Stand gesetzt wird, die ganze Art der Entwickelung des Rechts zu überschaun, die leitenden Principien desselben in ihrer Allgemeinheit wie in ihrer Besonderheit zu erkennen und aus den uns übrig gebliebenen Bruchstücken der alten Jurisprudenz mit weit grösserer Sicherheit, als sonst möglich seyn würde, die Totalität des Gebäudes wieder herzustellen, dem sie ursprünglich angehört haben. Freylich wird dabey eine wahrhaft historische Behandlung vorausgesetzt, d. h. eine solche, welche die gegebenen Nachrichten nicht blos äusserlich sich aneignet und gleich Naturalien in eine Sammlung zusammenträgt und ordnet, sondern aus ihnen das entschwundene Leben, dessen Gepräge ja auch im todten Körper übrig bleibt, zu sich sprechen lässt. Indem dieses eine organische Einheit ist, welche durch sich alles Einzelne und Mannichfaltige in seiner Individualität bedingt, so müssen, wenn nur jene Lebensidee richtig erkannt worden ist, alle Einzelheiten sich von selbst ergeben und die vorhandenen Quellenaussprüche nur als nothwendige Ausflüsse derselben erscheinen. Die Kunst bey dieser Behandlung ist nur die, aus den übriggebliebenen Denkmälern mit gehöri-

ger Bewahrung vor Willkührlichkeit und mit völliger Durchdringung des Besondern von dem Allgemeinen das ursprüngliche Leben herauszuerkennen, so wie umgekehrt der Prüfstein der fertigen Arbeit darin besteht, dass bekannt werden muss, die einzelnen Zeugnisse der Quellen ganz unbefangen betrachtet, seyen in ihrer Besonderheit uns nur dann vollkommen verständlich, wenn wir bey ihren Urhebern gerade die Anschauung, welche wir gefunden haben, voraussetzen.

Wie es mir scheint, ist diese Behandlungsart, welche in unsern Tagen erst allmählig sich geltend zu machen anfängt, in der Lehre von dem Salvianischen Interdict noch nicht vollständig zur Anwendung gebracht worden, obgleich diese Lehre übrigens sich der Bearbeitung durch die trefflichsten Männer unseres Fachs zu erfreuen gehabt hat [1]). Ich zweifele aber nicht, dass die vielen einzelnen Dunkelheiten, welche gerade hier uns entgegentreten, durch die rechte historische Beleuchtung sich sämmtlich aufklären lassen.

Als ein sicheres Resultat neuerer Forschungen kann die Thatsache angesehn werden, dass das Gesetzliche und Factische in der rechtlichen Darstellung des Staats in den älteren Zeiten des Römischen Volks auf die Weise gänzlich auseinandergehalten wurde, dass das erstere ausschliesslich der Gesetzgebung im eigentlichen Sinne des Worts, das letztere der Amtsgewalt des Magistratus anheimfiel. Erst gegen Anfang des sechsten Jahrhunderts nach Erbauung der Stadt nahm die Entwickelung des Römischen Rechts die Richtung, dass das Gesetzliche mit dem Factischen verbunden, dem Prätor bey der Rechtsprechung die Leitung des Civilrechts überlassen und an die Stelle der *legis actio*-

---

1) Zimmerns Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht. 5. Erklärung der *L.* 1. *C. de precario et Salviano interdicto*. In der Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. 1. S. 54—56. Thibaut über das Salvianische Interdict, in dem Archiv für civilistische Praxis Bd. 11. S. 123—144. Zimmern Noch ein Wort über das Salvianische Interdict, ebendaselbst S. 345—356. Diese Abhandlungen betreffen jedoch fast blos die Frage, wer in diesem Interdict Kläger und Beklagter sey.

*nes* die *actiones* schlechthin gesetzt wurden, welche nun ebensowohl prätorische als civilrechtliche Rechtsmittel seyn konnten[2]). Wenn es nun wahr ist, dass das eigenthümliche Wesen der Interdicte im Gegensatz der *actiones* darin besteht, dass jene zunächst die Anordnung des Factischen, diese die Geltendmachung eines Rechts betreffen[3]), so müssen offenbar die Interdicte früher entstanden seyn, als die denselben Fall betreffenden prätorischen Klagen und die Fortbildung des Rechts muss hier so gedacht werden, dass ursprünglich — in vielen Fällen noch zur Zeit der *legis actiones*[4]) — blos für den dringendsten Fall der Unbilligkeit in Form eines Interdicts vom Prätor Sorge getragen wurde[5]), nachher aber, als das fragliche Verhältniss schon einen festern Bestand gewonnen hatte, es als ein Recht angesehn und deshalb eine gewöhnliche *actio* gegeben wurde. Dieser Hergang der Sache lässt sich nirgends besser zur Anschauung bringen und ist zugleich nirgends lehrreicher, als in der Geschichte des Pfandrechts.

Der ganze Nutzen des Pfandes ist bedingt durch den Besitz der Sache, weil ohne diesen kein wirksamer Verkauf gedacht werden kann. Da nun das Pfand an sich kein Recht an der Sache enthält, welches das Besitzrecht in sich schlösse, vielmehr ausser der Verkaufsbefugniss blos das factische Verhältniss des Besitzes, insofern dessen Erfordernisse eingetreten sind, mit sich bringt, so verstand es sich in den ältesten Zeiten von selbst, dass das Pfand jedesmal mit Besitzübertragung errichtet wurde, weil ausserdem der Pfandgläubiger die Sicherstellung wegen der Befriedigung, auf die es abgesehn war, gar nicht erlangt haben würde. War aber der Pfandgläubiger einmal im Besitze, so hing es gröss-

---

2) Vgl. hierüber meinen Commentar zu den *Incerti auctor. magistrat. pop. Rom. expositiones p.* 57 — 65.

3) Vgl. die Abhandlung *de causa Siliana* S. 3. Anm. 4*.

4) Vgl. Zimmerns Geschichte des Röm. Privatr. Bd. 3. §. 72. S. 225.

5) Vielleicht ursprünglich ohne Edict, sondern nur durch die jedesmalige wirkliche Ertheilung, so dass doch auch in dieser Beziehung die Edicte erst nach Aufhebung der *legis actiones* begonnen haben können.

tentheils von ihm ab, ob er endlich sein Pfandrecht würde geltend machen können oder nicht. Denn wenn er nicht etwa selbst den Besitz der Sache aufgab, sondern ihn wider seinen Willen durch Handlungen dritter verlohr, so konnte er ihn durch die Interdicte jederzeit wieder erlangen. Man kann also sagen, dass das Recht des Pfandes, so lange es sich auf diesem factischen Gebieth bewegte, lediglich darin bestand, dass die willkührliche Disposition über den Besitz von dem Verpfänder auf den Pfandgläubiger übergegangen war. Statt dass bis dahin der Verpfänder den Besitz behaupten oder ihn an Andere veräussern konnte, war jetzt der Gläubiger zur Sicherheit für seine Forderung in diese Lage versetzt. An eine Einmischung des Staats zwecks der Bekräftigung der Pfänder war nicht zu denken, weil die Privatleute selbst für ihr Interesse in dieser Beziehung vollkommen sorgen konnten. Nun aber gab es Einen auch sonst noch ausgezeichneten Fall, in welchem seiner Natur nach dieses Sorgen des Gläubigers für sich selbst unmöglich war und wo daher, wenn die Billigkeit aufrecht erhalten werden sollte, die Obrigkeit ihm zu Hülfe kommen musste. Dieses war der der verpfändeten *invecta et illata* eines Pächters bey Verpachtung eines Landguts. Denn hier war es unmöglich, dass der Pächter die Pfandsachen, welche er selbst zur Erreichung des Vortheils, um deswillen das ganze Geschäft abgeschlossen war, nothwendig gebrauchte, dem Verpächter in den Besitz überliefert hätte; zugleich aber wäre es auch unbillig gewesen, wenn der Verpächter der blos um des Pächters willen diesem den Besitz gelassen hatte, durch dessen *dolus* hätte zu kurz kommen sollen. Daher wurde ihm in diesem Falle vom Prätor ein *interdictum adipiscendae possessionis* ertheilt, durch welche er das Recht, welches er wegen der Eigenthümlichkeit des Falles von Anfang an nicht erhalten hatte, nachträglich sich sollte verschaffen können [6]). Demnach musste diese obrigkeitliche

---

6) Ueber die Zeit wann das Interdict eingeführt worden, wissen wir nichts. Die völlig aus der Luft gegriffene Meinung, dass es von Salvius Julianus, dem berühmten Juristen, herrühre, hat schon *Bynkershoek Obs.* 1, 24. abgefertigt. Obgleich es nun sicher nicht in

Hülfe sich genau so weit erstrecken, als bey andern Pfändern das Recht der gleich anfangs geschehenen Besitzübertragung reichte und daher ebenfalls rein auf dem Gebiethe des Factischen bleiben. Späterhin aber, als durch die lange Gewohnheit dieses Schutzes die Idee eines in dem Pfande liegenden Rechts die Sache zu besitzen sich festgesetzt hatte, ging man einen Schritt weiter und gab von dieser Idee des Rechts aus dem Verpächter eine *in rem actio* [7]), welche ihm nicht blos das, was er durch die unterlassene Besitzübertragung entbehrte, ersetzen, sondern überhaupt sein Pfand aus dem Gebieth des Factischen in das des Rechtlichen hinüberrücken sollte, indem sie bey dem Pfandgläubiger gleichsam ein in Gestalt einer sächlichen Obligation eintretendes Eigenthum an der Sache anerkannte [8]). Sie reichte daher auch ebensoweit und hatte ganz ähnliche Bedingungen und Wirkungen, wie die *rei vindicatio.* Mit dieser neuen Klagart, der *Serviana actio*, war nun aber auch das Eigenthümliche des Falles der verpfändeten Sachen eines Pächters schon überschritten; sie beruhte nicht mehr blos auf dem hier factisch entbehrten Besitz, sondern auf einem Rechte, welches man unabhängig von dem Besitze in dem Pfandgläubiger anerkannte. Daher war es nothwendig, die Klage als *utilis* oder *quasi Serviana* auch bey allen übrigen Pfändern ohne Rücksicht, ob sie mit oder ohne Besitzübertragung entstanden waren, zu gestatten und so hatte nun das Pfand ganz allgemein zugleich den Charakter eines Rechts

---

so später Zeit, wo kaum noch Actionen, geschweige Interdicte, eingeführt wurden, entstanden seyn kann, so lässt sich doch wohl aus dem Umstande, dass es unter den Interdicten im *edictum perpetuum* den Beschluss machte und dass es den Nahmen von einem Prätor führte, schliessen, dass es unter den Interdicten eines der letzten gewesen und erst nach dem Ursprunge des prätorischen Rechts aufgekommen sey.

7) Aehnliche Beyspiele sind die *in rem actio*, welche der Superficiar zu seinem *interdictum de superficiebus*, und die *possessoria hereditatis petitio*, welche der *bonorum possessor* zu seinem Interdict *Quorum bonorum* hinzu erhielt.

8) Ich gebrauche hier den Ausdruck Eigenthum in einer weitern Bedeutung für rechtliches Angehören überhaupt; denn sonst würden Eigenthum und *obligatio rei* Widersprüche enthalten. Uebrigens möchte der oben erwähnte Ausdruck die Natur des Pfandrechts am treffendsten bezeichnen. Vgl. Dü Roi im Archiv für civilist. Prax. Bd. 6. S. 399 flg.

an der Sache gewonnen. Keineswegs aber hörte damit die factische Natur des Pfandrechts in dem Falle der verpfändeten Pachtsachen und das darauf beruhende *Salvianum interdictum* auf. Denn die *Serviana actio* hatte ihr neues Princip zu dem alten nur hinzugefügt, nicht es an die Stelle des letztern gesetzt; folglich bestanden jetzt zwey Arten von Rechtsmitteln neben einander, das eine aus der factischen Natur des Pfandrechts da wo diese eines Rechtsmittels bedurft hatte, das andere aus der allgemein angenommenen rechtlichen Natur desselben hervorgehend.

Bevor wir nun aus dieser Darstellung für die Natur des *Salvianum interdictum* Folgerungen ziehn, ist die Natur des Falles, in dem es eintrat, noch etwas näher ins Auge zu fassen. Obgleich nähmlich die Nothwendigkeit desselben gerade für diesen Fall auf den ersten Blick einleuchtet, so erheben sich doch bey näherer Betrachtung einige Bedenken, deren Hinwegräumung uns die Eigenthümlichkeit dieses Falles noch deutlicher machen wird. Zuerst könnte man fragen, warum gerade dieser so specielle Fall, warum nicht die ganze Classe gleichstehender, z. B. ein Schiffer verpfändet dem Versender für die richtige Ueberlieferung der Waaren sein Schiff u. s. w., vom Prätor bedacht worden sey? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich sehr leicht, wenn man sich den Grund eines andern Rechtssatzes klar macht, warum nähmlich nach altem Herkommen dem Vermiether eines *praedium urbanum* an den *invectis et illatis* seines Miethers ein stillschweigendes Pfandrecht zustand. Der Grund ist hiervon dieser, dass nach der Natur der Nutzung, welche in der Miethe eines *praedium urbanum* liegt und welche die Obligation dieses Contracts begründet, die mit dem Miether zugleich oder um seinetwillen jenes *praedium* einnehmenden Sachen ebenso nach ihrer sächlichen Natur, d. h. pfandweise, für die Bewohnung haften müssen, wie der Miether selbst nach seiner persönlichen Natur, d. h. mit der Contractsklage, verhaftet ist. Denn jene Nutzung besteht in dem Wohnen (bey den Sachen dem Aufbewahrtwerden für ihren Eigenthümer oder sonstigen Interessenten) und dieses enthält seinem Begriff nach die factische Bedin-

gung des Daseyns beweglicher Wesen überhaupt, welche ohne einen festen Punct auf der Erde, auf welchen sie ihre factische Existenz concentriren und wo sie sich vor aller äussern Gewalt schützen oder beschützt werden, nicht würden bestehn können: indem also dieses Wohnen durch einen gegenseitigen Contract gesichert wird, muss nothwendig die Existenz der wohnenden Gegenstände durch die Forderung der *pensio* rechtlich bedingt erscheinen, d. h. nicht blos die Person *civiliter* obligirt, sondern auch die Sachen verpfändet seyn [9]). Da es nun ausser dem Wohnen keine andere Nutzung von gleicher Beschaffenheit für Sachen, welche der Mensch gebraucht, gibt, so kann auch offenbar keine ähnliche stillschweigende Verpfändung solcher Sachen ausser der gedachten vorkommen [10]). Wie aber mit der Pachtung eines ländlichen Grundstücks, wo doch auch Sachen inferirt werden? Hier geht der Contract nicht auf das Wohnen des Pächters mit seinen Sachen, sondern *principaliter* auf die landwirthschaftliche Benutzung des Grundes und Bodens, um deren willen nur der Pächter mit seinen Sachen sich dort aufhält und in welcher daher der in dem Wohnen bestehende Nutzen ebenso als ein Accessorisches aufgeht,

---

9) Werden daher die Sachen *gratis* aufgenommen, so fallen sie nicht in den Pfandnexus. Daraus ist zu erklären *L. 5. pr. in quib. caus. pign. tacit.* — Uebrigens ist die Verhaftung der Sachen *iure pignoris* mit der Idee des Wohnens oder beständigen Bleibens derselben auf einem Grundstück so innig verbunden, dass wenn Jemand die *invecta et illata* ausdrücklich verpfändet, doch blos diejenigen Sachen, welche so, dass sie daselbst bleiben sollen, eingebracht sind, vom Pfande ergriffen werden, weil dieses muthmasslich der Wille der Partheyn ist. *L. 32. de pignor.*

10) Irrig ist daher auch aus diesem Grunde die von Manchen für Frachtfuhrleute und Schiffer an den ihnen zum Transport übergebenen Sachen behauptete stillschweigende Hypothek. (Vgl. Glücks Pandekten Bd. 11. §. 743. und die übrige Litteratur bey Valett Pandektenrecht §. 345. a. E.) Denn Schiff und Wagen sind selbst nur bewegliche der *custodia* bedürftige Sachen und verhalten sich zu den darauf befindlichen Sachen nur wie ein Gefäss zu dem was es trägt oder wie der Beutel zum Gelde. — Auch die Bemerkung verdient wohl noch hinzugefügt zu werden, dass es unrichtig wäre anzunehmen, die stillschweigenden Hypotheken des Vermiethers und Verpachters seyen durch eigentliches Gewohnheitsrecht entstanden; vielmehr beruhen sie auf der *ratio iuris* unmittelbar und sind eben so alt, wie die Klagbarkeit der *locatio conductio* selbst. Auch stimmen damit die Zeugnisse unserer Quellen überein.

wie die Gebäude auf dem Lande nur ein *accessorium* des *ager* sind und keineswegs ein *praedium urbanum* begründen. Obgleich also hier ebenfalls ein von der Natur des Contracts postulirtes stillschweigendes Pfandrecht eintritt, das an den Früchten nähmlich, welche eben so nothwendig wie das Wohnen die menschliche Existenz begründen und durch den Gegenstand des Contracts, der gerade in der Fruchterzeugung auf dem Grundstück besteht, in ihrer Existenz bedingt werden, so kann ein solches doch an den *invectis et illatis* des Pächters ebensowenig behauptet werden, als man sagen kann, der *usus fructus* sey zugleich ein *usus* und habe dessen Natur [11]. Nimmt man aber dieses eine Stück aus, dass nähmlich der Nutzen des Wohnens hier blos accessorisch im Contract liegt, so ist übrigens offenbar die Art, wie die *invecta et illata* durch den Aufenthalt auf dem fremden Grundstücke in ihrer Existenz für den Menschen factisch begründet werden, völlig gleich. Daher es auch nur einer Willenserklärung des *dominus praedii* gegen den Colonen bedarf, wodurch er sein Interesse an der Einbringung von Sachen des Colonen ausspricht, um an den *invectis et illatis* hier ebenfalls ein Pfandrecht zu erhalten [12], ein Rechtssatz, der auch nur in diesem einzelnen Falle behauptet werden kann. So ergibt sich also, dass der Fall des Pfandes an *invectis et illatis* etwas so Eigenthümliches hat, wie es bey keinem andern Pfande denkbar ist: er

---

11) Das Entsprechen ist ganz genau: so wie der *usus fructus* zunächst die Fruchtnutzung zum Gegenstande hat und die Nähe zur Sache (das *uti*) nur *implicite* enthält, wogegen der *usus* diese letztere Nutzung durch den Gebrauch der Sache unmittelbar enthält, so geht die *locatio conductio praedii rustici* zunächst auf die Fruchtnutzung des Grundstücks und schliesst nur um dieser willen zugleich die Bewohnung der Gebäude in sich, die *locatio conductio praedii urbani* dagegen gewährt das Wohnen unmittelbar. Auch kann, so wie der *usus* mitunter accessorisch einen Fruchtgenuss in sich schliesst, wie der *usus praedii rustici*, deshalb aber seine Natur (Untheilbarkeit, Unverkäuflichkeit u. s. w.) nicht ändert, ebenso auch die *locatio conductio praedii urbani* accessorisch eine Fruchtnutzung des Grundstücks annehmen, wenn z. B. ein Garten zu dem vermietheten Hause gehört. Aber auch dann verändert die Miethe ihre Natur nicht, d. h. es bleiben auch hier nur die *invecta et illata* stillschweigend verpfändet, die im Garten gezogenen Früchte sind pfandfrey.

12) *L. 5. C. de loc. et cond.*

enthält gleichsam ein Pfandrecht im eminenten Sinne, welches schon factisch eintritt. Steht aber dieses fest, so folgt auch von selbst gerade für diesen Fall eine Billigkeit, in der Ausübung dieses Pfandes geschützt zu werden, welche ebenfalls von so besonderer Natur ist, wie sie in keinem andern Falle gedacht werden kann, und die auch schon factisch eintritt. Denn wenn dem *conductor* durch diesen Contract ein Vortheil eingeräumt wird, auf dem die Existenz des Menschen hinsichtlich seiner Sachen und dadurch der Pfandnexus der letztern factisch beruht, so gibt eben der *locator* diesen so eminenten Vortheil zu dessen Gunsten auf; da aber der Contract ein gegenseitiger ist, in dem Aufopferung und Recht durcheinander bedingt werden, so muss auch der *locator* für sein Recht aus jener so ausgezeichneten Aufopferung einen ausgezeichneten ebenfalls schon factisch eintretenden Schutz geniessen, der dann gerade in dem Salvianischen Interdict besteht.

Wenn nun aber hiermit zwar gezeigt ist, warum das Salvianische Interdict nicht wegen anderer als der durch *locatio conductio* von Grundstücken herbeygeführten Pfandrechte statt finden konnte, so entsteht die neue Frage, warum es denn gerade nur bey der *locatio conductio praedii rustici* und nicht vielmehr auch bey dem noch näher liegenden Falle der Häusermiethe gegeben worden sey, desgleichen, warum es bey der Grundstücksverpachtung nicht vor Allem wegen der auf dem Grundstück gewachsenen Früchte statt finde. Auf die erste Frage antworten wir, dass bey der Häusermiethe ein solches Rechtsmittel nicht nöthig war, weil der Vermiether, dem der Miether schuldig geblieben war, sich durch das hier eintretende Privatrechtsmittel der Retention sichern konnte. Aber stand dieses nicht auch dem Verpächter zu? Nein; denn zwischen der *locatio* eines städtischen und der eines ländlichen Grundstücks ist auch in dieser Beziehung der wesentliche Unterschied, dass, indem ersteres zur Aufbewahrung und Schützung von Sachen dient, die Einbringung von Sachen durch den Miether in die Behausung des Vermiethers den letztern schon von selbst in

die Lage versetzt, jene Sachen retiniren zu können [13]. Bey dem *praedium rusticum* dagegen, welches *principaliter* nicht in einem geschlossenen zur Aufbewahrung von Sachen dienenden Raume, sondern umgekehrt in einer durchaus offenen und zur freyen Bewegung von Menschen und Sachen eingerichteten Strecke Landes besteht, eine solche Retentionsbefugniss factisch völlig ausgeschlossen ist. Auf der Voraussetzung dieses Unterschiedes beruht auch das *interdictum de migrando*, welches blos wegen einer *habitatio* statt findet. Wenn es nähmlich gegründet ist, was wir angenommen haben, dass die *locatio praediorum* überhaupt ein ausgezeichnetes und des besondern Schutzes der Obrigkeit würdiges factisches Verhältniss enhält, so folgt, dass nach derselben Consequenz, welche den Prätor zur Einführung des Salvianischen Interdicts für den *locator* bewog, auch dem Conductor ein Interdict für den Fall gegeben werden musste, dass die Lage, in welche ihn der Contract versetzt hatte, zu einer widerrechtlichen Vorenthaltung der eingebrachten Sachen gemissbraucht wurde. Denn das Verhältniss ist nothwendig ein gegenseitiges und wenn in demselben wegen seiner specifischen Beschaffenheit überhaupt einmal der Interdictenschutz begründet ist, so muss dieser auch

---

13) Hierauf bezieht sich *L.* 9. *in quib. caus. pign. tac. Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus: scilicet antequam pensionis nomine p e r c l u d a m u r. tunc enim pignoris nomine r e t e n t a mancipia non liberabimus: et derisus Nerva ICtus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse.* Der Act des Thürverschliessens (*percludere*) zeigt nach der eigenthümlichen Natur der Häuser (*domus*, von *domare*) an, dass man sein Recht an den darin befindlichen Gegenständen geltend machen wolle und macht daher das Pfandrecht zu einem speciellen und ausdrücklichen. N e r v a's Irrthum bestand nicht darin, dass er das factische Freymachen mit dem juristischen verwechselt hätte, sondern darin, dass er das Eigenthümliche des Thürverschlusses bey *praedia urbana* nicht verstand und meinte, damit sey das Retentionsrecht noch nicht wahrhaft begründet, weil man ja die Sachen noch durch die Fenster fortschaffen könne. Aber die Fenster sind Oeffnungen für das Licht und nicht für Sachen, und man muss behaupten, dass wenn die Thüren verschlossen sind, die *custodia* und Retention der verschlossenen Sachen vollständig bewirkt sey. Vgl. *L.* 33 u. 34. *de damn. inf. L.* 1. §. 5. *de migr. L.* 20. *de iniur.*

für den Gegentheil in dem benöthigten Falle eintreten [14]). Beyde Interdicte also, die auch im Edict unmittelbar auf einander folgen, beruhen wesentlich auf demselben Princip; die entgegengesetzte Natur von *praedia urbana* und *praedia rustica* aber bewirkt, dass eben so wie das *interdictum de migrando* nur dem Inquilinen und nicht dem Colonen [15]), das *interdictum Salvianum* nur dem Verpächter und nicht auch dem Vermiether zusteht. —

Warum aber steht das Salvianische Interdict nicht vor Allem wegen der Früchte zu, welche der Pächter auf dem Grundstück gezogen hat? — Wir werfen diese Frage so auf, als wäre es schon eine ausgemachte Sache, dass das Interdict nicht auch wegen der Früchte statt fände, und diese Meinung kann man wohl bey dem Leser voraussetzen, weil fast alle jetzt gangbaren Bücher sowohl bey dem *Salvianum interdictum* als bey der *Serviana actio* als Gegenstand derselben nur die *invecta et illata* des Pächters erwähnen oder jenen ganz unbestimmt lassen [16]). Gehn wir aber auf die Natur der Sache zurück, so werden wir behaupten müssen, dass allerdings auch die Früchte mit unserm Interdict verfolgt werden können; jedoch unter der Voraussetzung, dass der Verpächter sich nicht blos auf die stillschweigende Verpfändung berufe, sondern dass er sich wirklich ein Pfand an denselben ausbedungen habe. Das erste folgt daraus, dass die Früchte ja eben so gut, und wo möglich noch mehr als die *invecta et illata*, dem Pachter durch das verpachtete Grundstück in ihrer factischen Existenz gewährt werden; das zweyte aber daraus, dass

---

14) Auf dieselbe Weise gibt der Prätor nach der *operis novi nuntiatio*, welche die Sache überhaupt zu einer in den Bereich seiner Intervention gehörigen macht, auf der einen Seite dem *nunciator* das *interd. demolitorium*, wenn weiter gebaut worden ist; eben so aber auch dem Gegner, welcher cavirt hat, ein prohibitorisches Interdict, wenn er nun von dem *nunciator* im Weiterbauen gehindert worden ist.

15) *L.* 1. §. 1. *D. de migr.*

16) Jenes z. B. Schweppe das Römische Recht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte Bd. 2. §. 358. Valett Pandektenrecht §. 375 und 380. Das letztere findet sich in den meisten heutigen Büchern. Die Institutionen sagen sowohl beym Interdict als bey der *Serviana actio*: *de rebus coloni*, aber schon Theophilus setzt statt dessen Illaten. S. unten. Zimmern Gesch. des Röm. Civilproc. §. 72. scheint das Interdict umgekehrt nur auf die Früchte zu beziehn.

das ganze Interdict, wie wir oben sahen, nur an die Stelle der unterlassenen Auslieferung des bedungenen Pfandes, auf welche der Gläubiger hätte dringen können, treten sollte. Nehmen wir also ein Pfandrecht an, welches ohne alle Willenserklärung entsteht, so fällt mit der Möglichkeit, dass der Gläubiger dem Schuldner bey der Contrahirung des Pfandes etwas hätte nachlassen können, auch der obrigkeitliche Schutz hinweg, der zugleich diese Wachsamkeit des Gläubigers für sein Interesse und diese Rücksicht desselben auf die Nothdurft des Schuldners voraussetzt.

Endlich fragt es sich noch: konnte nicht auf die Weise auch in unserm Falle die gewöhnliche Privatberechtigung des Pfandgläubigers erreicht werden, dass der Verpächter sich den Besitz aller auf dem Grundstück befindlichen Sachen des Colonen einräumen liess und sie diesem dann nur zwecks des landwirthschaftlichen Gebrauchs *precario* zurückgab? Blieb dann der Pächter mit dem Pachtgelde im Rückstande, so brauchte der Verpächter nur das *precarium* zu kündigen und erhielt damit entweder in Güte den bittweise eingeräumten Besitz wieder, oder erwarb *iure communi* das *interdictum de precario.* Es scheint also, dass wenn der Prätor hierauf gehörig Rücksicht genommen hätte, er dennoch den Fall nicht geeignet gefunden haben würde, ihn vor allen übrigen durch dieses Interdict auszuzeichnen. — Allein so gewiss diese Art von Verträgen bey Verpachtungen an sich denkbar war — wenigstens hinsichtlich der eigentlichen *invecta et illata* — eben so gewiss musste der Prätor, welcher überall nur das Billige und Angemessene zur Richtschnur seines Verfahrens zu nehmen hat, sie als gar nicht vorhanden betrachten. Denn welcher Pächter wird sich unter der Bedingung auf einen Pacht einlassen, dass es von dem Gutdünken des Verpächters abhängen soll, ihn jeden Augenblick der unentbehrlichen Mittel zur Erreichung seiner Contractszwecke zu berauben? Mit andern Worten, es widerstreitet durchaus der Natur des Pachts, dass der Pächter in der Art, wie er das Grundstück benutzen und damit sein Interesse an dem ganzen Contract verfolgen will, im Geringsten beschränkt oder von der Willkühr des Ver-

pächters abhängig gemacht werde, und da eine jede dem Verpächter über die Sachen des Colonen eingeräumte factische Befugniss eine solche Beschränkung enthalten würde, so darf bey der Frage, ob dem Verpächter ein Interdict zu geben oder, weil er sich selbst durch Verträge hinlänglich schützen könne, nicht zu geben sey, auf jenes mögliche *precarium* gar nicht Rücksicht genommen werden.

Nachdem nun die eigenthümliche Bedeutung des Salvianischen Interdicts überhaupt erörtert ist, wird es möglich seyn, die Untersuchung über alle die einzelnen Puncte mit Erfolg anzustellen, über welche unter ältern wie unter neuern Juristen so viel Meinungsverschiedenheit herrscht. Wir werden folgende vier Fragen beantworten: Wem steht das Interdict zu? wegen welcher Sachen? gegen wen? mit welchem Erfolge?

### 1. Wem steht das Interdict zu?

Nach unserer obigen allgemeinen Darstellung ist der Verpächter eines *praedium rusticum*, dem die Sachen seines Colonen für die Pachtgeldsforderung verpfändet sind, zu diesem Interdict berechtigt. Und dieses bestätigen unsere Quellen in denjenigen Stellen, welche hierüber etwas Ausdrückliches enthalten.

*Gai.* 4, 147. *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

§. 3. *in fin. I. de interd.* wesentlich gleichlautend.

*Theophil. ibid.* nach einer ganz genauen Uebersetzung: *Huiusmodi est Salvianum interdictum, quod datur domino fundi adversus colonum, qui pepigit, ut illatae ab eo in fundum res pignori tenerentur propter mercedem.* —

Eben so wird in den beyden Stellen des hierhergehörenden Pandektentitels *L.* 1. und 2. *de Salv. interd.* zwar nicht der *dominus fundi* ausdrücklich als der Kläger in diesem Interdict genannt, aber doch das Pachtverhältniss und

die deshalb geschehene Verpfändung der *invecta et illata* als Bedingung des Interdicts vorausgesetzt. — Da nun obige Stellen blos den *dominus fundi* nennen, so könnte man zweifeln, ob auch, wenn ein Usufructuar, *b. f. possessor* oder ein anderer Nichteigenthümer verpachtet habe, ihm das Interdict zustehe. Allein unbedenklich ist dieses zu behaupten und folglich jener Ausdruck *dominus fundi* nur für eine andere Bezeichnung statt *locator fundi* zu nehmen, die deswegen als zulässig und natürlich angesehn werden darf, weil der Verpächter bey weitem am gewöhnlichsten der Eigenthümer des Grundstücks ist. Da es nähmlich bey diesem Interdict, wie gezeigt, blos auf die factische Gewährung eines Unterkommens für Menschen und Sachen auf dem verpachteten Grundstücke ankommt, und diese dieselbe ist, mag der Verpächter Eigenthümer seyn oder nicht, so muss auch jeder wahre Verpächter das Interdict anstellen können. Auch ist dieses wohl nie bestritten worden.

Dagegen ist die Frage bekanntlich höchst controvers, ob das Interdict überhaupt auf das Rechtverhältniss zu beschränken und nicht vielmehr jedem Gläubiger, dem wegen irgend einer Forderung auf irgend eine Weise besitzbare Sachen verpfändet sind, das Interdict zuzugestehn sey. Die Mehrzahl der ältern und neuern Juristen ist nähmlich der Meinung, dass zwar das Interdict ursprünglich blos für den Verpächter eingeführt seyn möge, späterhin aber als *utile interdictum* allen Pfandgläubigern zugestanden habe. Da es uns nicht um die Geschichte von Meinungen, welche entweder irrig waren oder nur zufällig das Rechte trafen, sondern um die unmittelbare sichere Erkenntniss der Wahrheit zu thun ist, so zählen wir jene verschiedene Meinungen nicht auf, sondern suchen selbstständig und nur mit Berücksichtigung der Argumente, welche für das Gegentheil vorgebracht worden sind, das Wahre zu ergründen.

Dass das dem Verpächter gegebene Interdict als *utile* auf alle Pfandgläubiger erstreckt worden wäre, liesse sich auf doppelte Weise denken, entweder so, dass jene Ausdehnung schon ursprünglich in der Natur des Interdicts gelegen und der Fall des Verpächters, welchem die Sachen des

Pächters verpfändet worden, gleichsam nur zufällig als der nächstliegende vom Prätor genannt worden sey; alsdann wäre das *interdictum utile*, ähnlich wie die *Serviana utilis actio*, schon durch blosse Interpretation des prätorischen Edicts entstanden und dürfte noch jetzt, auch ohne einen Vorgang in unsern Quellen, in demselben begründet gefunden werden. Oder es wäre zwar ursprünglich auf jenen Fall des Verpächters beschränkt gewesen, nachher aber durch einen neuen legislatorischen Act, ähnlich wie die *Falcidia* auf die Fideicommisse, auf alle Pfandgläubiger ausgedehnt worden: in diesem Falle müsste eine solche Ausdehnung in unsern Quellen ausdrücklich nachgewiesen werden. Obgleich nun Argumente der einen wie der andern Art vielfach vorgebracht worden sind, so sind wir doch auf das festeste überzeugt, dass das Interdict stets nur dem Verpächter zugestanden und in dieser Beziehung es nie ein *utile Salvianum interdictum* gegeben habe.

Dass nähmlich das Interdict hinsichtlich des ihm zum Grunde liegenden Falles nicht schon an sich einen materiell weitern Umfang hatte, als ihm formell die Fassung des prätorischen Edicts gab, geht aus dem über die Natur dieses Falles oben Gesagten mit grösster Evidenz hervor. Blos hier trat die Eigenthümlichkeit ein, dass die Pfandforderung die ganze Existenz der Pfandsachen für den Schuldner und mit dem Schuldner factisch bedingte und zugleich der Pfandgläubiger, der diesen eminenten den Grundstücken eigenthümlichen Vortheil dem Schuldner für seine Sachen eingeräumt hatte, ausser Stande war, die factische Sicherung durch die ihm verpfändeten Sachen sich selbst zu gewähren. Diese factische Sicherung ersetzte ihm nun der Prätor durch ein Interdict, d. h. ein Rechtsmittel, dessen eigenthümliche Bedeutung gerade die Anordnung des Factischen ist. Wenden wir dagegen unsere Augen ab von diesem Falle und vergleichen die übrigen Pfandforderungen, so finden wir zwar im Rechte eine Gleichheit, d. h. hier wie dort hat der Gläubiger ein gleichstarkes Pfand r e c h t; aber die factische Eigenthümlichkeit, auf welcher allein dieses Interdict beruht, ist nirgends auf ähnliche Weise wie in unserm Falle zu finden. Wenn also in dieser Beziehung die

entgegengesetzte Meinung durch folgende Herleitung der Sache als einzig vernunftgemäss dargestellt wird [17]):

„Ich meine nämlich: dass das S. I. zuerst nur dem „Verpachter wegen bedungener Pfänder gegeben ward, war „eben so natürlich, als dass die Servianische Klage Anfangs „eben so beschränkt war. Denn wenn, wie es bey den Rö- „mern der Fall war, der beste, mächtigste Theil des Volks „sich dem Landbau ergibt, so ist es auch natürlich, dass „die Grundbesitzer ihr Interesse vor allen Andern geltend „zu machen wissen. Allein die Gefahr, dass der Pfand- „schuldner davon läuft und Weiterungen macht, drohet in „der Regel bey jedem Pfandverhältniss, und wenn man da- „her die bloss petitorische Servianische Klage am Ende *uti-* „*liter* allen Pfandgläubigern gab, so ist schlechthin kein „Grund einzusehn, warum man das S. I. nicht hätte eben „so ausdehnen sollen."

so sieht man leicht, dass die Vernunft, nach deren Sinne die Sache so herauskommt, nicht (nach Cicero's glücklichem Ausdruck) die *ratio insita in rebus*, sondern die rationalistische subjective Vernunft ist, welche, statt dem Objectiven das was es ist durch genaue Erforschung abzulauschen, ihm den von ihr selbst geschaffenen Irrthum aufdringt und es sich nach diesem als seiner Wahrheit richten heisst. Zuerst ist es nähmlich völlig unerwiesen, dass das Salvianische Interdict um des vorherrschenden landwirthschaftlichen Interesses willen gegeben sey; vielmehr muss man sich in der Geschichte des ältern Römischen Rechts vor der Unterlegung solcher politischer Motive in demselben Grade hüten, in welchem unser und noch mehr das kurzvorhergegangene Zeitalter der Erklärung des Rechts aus solchen vom Menschen selbst gemachten Gründen ergeben ist. Ferner geht man bey dieser entgegengesetzten Meinung von einer ganz falschen Vorstellung über das eigentliche Wesen der Interdicte aus. Man denkt sich, dass sie geradezu weiter nichts als die summarischen Rechtsmittel des Römischen Rechts gewesen seyen, eingeführt in solchen Fällen, wo das Verfahren durch *actiones* nicht schnell genug

17) Thibaut im Archiv für civilist. Prax. a. a. O. S. 131.

schien, und dass daher auch in unserm Falle das Interdict nur deswegen ertheilt worden sey, um dem begünstigten Gutsbesitzer recht schleunig zu seinem Rechte zu verhelfen. Wäre das gegründet, so liesse sich allerdings gegen die Behauptung nichts Sonderliches einwenden, dass als der Verkehr gestiegen und das vorherrschende Interesse des Landbaus in Abnahme gekommen sey, vernünftiger Weise eine Ausdehnung des Interdicts auf alle Pfandgläubiger habe eintreten müssen. So aber war die Bedeutung der Interdicte eine ganz andere. Obgleich in der Regel durch ein schnelleres oder, wenn das nicht, durch ein strengeres Verfahren ausgezeichnet [18]), waren sie doch nicht unmittelbar und zunächst hierdurch von den Actionen unterschieden [19]), sondern ihr Charakteristisches bestand, wie oben bemerkt, zunächst in dem Factischen im Gegensatz des Rechtlichen und nur folgeweise ging hieraus das strengere oder schleunigere Verfahren, welches übrigens auch bey Actionen vorkommen konnte, hervor [20]). Ist dieses aber der Fall, so verschwindet drittens die scheinbare Analogie zwischen der *Serviana actio*, welche als *utilis* wegen aller andern Pfänder gegeben worden sey, und dem *Salvianum interdictum*, welches auf dieselbe Weise hätte ausgedehnt werden müssen, ganz und gar. Denn gerade der Grund, welcher bey der *Serviana actio* eine solche Ausdehnung nothwendig machte, dass bey ihr von der Idee eines (auch in allen übrigen Fällen

18) Denn entweder wurde sogleich ein *arbiter* verlangt und gegeben, so dass also die gewöhnlichen Fristen der Verhandlung der Sache vor dem Prätor wegfielen, oder es wurden Sponsionen gemacht (*cum periculo res ad exitum perducebatur*) und auch konnten noch Recuperatoren zur Beschleunigung ernannt werden. Vgl. Zimmern Geschichte des Röm. Civilproc. §. 71. S. 222.

19) Auch viele Actionen wurden durch Strenge oder Schleunigkeit begünstigt; z. B. *de certa pecunia* u. s. w. vgl. v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 6. S. 244 flg. Wahrscheinlich waren alle späterhin summarisch behandelten Sachen auch früher schon *causae recuperatoriae*.

20) Man muss sich nähmlich denken, dass bey den Interdicten die richterliche Untersuchung gleichsam nur ein Nachtrag zu dem prätorischen Befehl oder Verboth, welche eigentlich sofort hätten wirksam seyn sollen, war und daher möglichst zu jenem Moment concentrirt werden musste; daher vielleicht der Ausdruck *momentum*.

vorhandenen) Pfandrechts und nicht blos von einem (in allen übrigen Fällen nicht vorhandenen) factischen Verhältnisse ausgegangen war, fällt bey dem Interdict, bey welchem der entgegengesetzte Fall eintritt, hinweg. Auch ist die Vorstellung, als ob die *Serviana actio* erst späterhin durch ein neues legislatorisches Princip, welches nicht schon in ihr selbst gelegen hätte, auf alle übrigen Pfänder ausgedehnt sey, völlig unbegründet und nicht nur der speciellen Natur des Falls, sondern auch der Analogie der meisten ähnlichen *utiles actiones* entgegen. Vielmehr ist jene Ausdehnung so wie oben beschrieben, d. h. eben so wie bey der *utilis legis Aquiliae*, *confessoria*, *depositi actio* u. s. w. zu denken.

Dass aber — was wir oben als den zweyten möglichen Fall setzten — durch einen neuen legislatorischen Act das Salvianische Interdict auf alle andern Pfänder ausgedehnt worden sey, ist schon aus dem Grunde undenkbar, weil es dann in dieser Ausdehnung ein nicht blos auf erweiterten, sondern auf völlig andern Grundlagen beruhendes, mithin völlig neues Rechtsmittel gewesen seyn würde, welches auch seinen vorigen Nahmen nicht wohl hätte beybehalten können. Denn hält man das nur fest, dass das eigenthümlich Factische des Falles der verpfändeten Sachen des Pächters, welches in keinem andern Falle sich wiederfindet, der materielle Grund dieses Rechtsmittels als eines Interdicts (nicht als eines summarischen Rechtsmittels) war, so konnte von einer Erweiterung desselben auf andere Pfänder nicht mit besserm Rechte die Rede seyn, als wenn z. B. jetzt ein Gesetz das einem Usufructuar neu zu ertheilende Rechtsmittel auf schleunige Einräumung der *res fructuaria* aufs Gerathewohl ein ausgedehntes *interdictum Salvianum* nennen wollte, ein Verfahren, von dem sich im Römischen Rechte schwerlich ein Beyspiel nachweisen lassen möchte. Auch ist die Praxis, welche ein solches *utile Salvianum* häufig angenommen hat, sicher von keiner andern Idee ausgegangen, als dass ein Interdict überhaupt ein summarisches Rechtsmittel bezeichne, welches überall, wo ein sogenanntes *petitorium* vorkomme, sich ebenfalls denken lasse — in welchem Falle denn freylich das Interdict nicht blos *adipiscendae possessionis* seyn

**sondern auch dann, wenn der Pfandgläubiger die Sache schon einmal besessen und den Besitz wieder verlohren hat, satt finden müsste.**

**Doch diese Widerlegung aus allgemeinen Gründen hilft uns nichts; man beruft sich auf Quellenzeugnisse, welche jene Ausdehnung ausdrücklich aussprechen sollen. Diese sind also nun zu prüfen [21]). Auf den Ausspruch des Paulus in *L.* 2. §. 3. *de interd. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est* [22]) legen die Gegner selbst kein besonderes Gewicht, weil es in die Augen fällt, dass eine Stelle, in der unser Interdict nur angeführt und der Gegenstand desselben ganz im Allgemeinen angedeutet werden sollte, für die Bestimmung des genauen Umfanges keinen Beweis liefern kann. Auch könnte man, wenn dennoch Alles haarscharf genommen werden sollte, den Ausdruck *de pignoribus* eben so gut mit „wegen Pfändern" d. h. wegen einer Art von Pfändern, als mit „wegen der Pfänder" d. h. wegen aller Pfänder, übersetzen und so würde die Stelle auch dann nichts beweisen. Bedenklicher scheint**

> ***Paul. S. R.* V, 6. §. 16. *Omnibus bonis, quae habet, quaeque habiturus est, obligatis, nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quae in usu quotidiano habet, obligantur: ideoque de his nec interdictum redditur.***

**Denn liest man die Stelle so nackt, wie sie hier steht, so scheint sie zu sagen, dass wenn Jemand — also irgend ein Schuldner — sein ganzes Vermögen verpfändet habe, die**

---

21) Dabey ist im Allgemeinen auf Zimmerns oben Note 1. citirte Aufsätze zu verweisen, in denen wenigstens das, was über die Interpretation von *L.* 1. *C. h. t.* gesagt werden kann, grösstentheils schon sehr scharfsinnig ausgeführt ist.

22) Vollständig: *Sunt autem interdicta apiscendae possessionis Quorum bonorum. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est: et Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto.* Daher wahrscheinlich zu interpungiren ist: *Quorum bonorum, Salvianum q. i. q. e. d. pignoribus. Ex hoc genere est et Quo itinere etc.* Vor dem *Salvianum* war ursprünglich ohne Zweifel noch das *possessorium* und *sectorium* erwähnt worden, deren Streichung die jetzige Inconcinnität der Sätze bewirkt hat.

genannten Gegenstände dem Pfandrechte nicht unterliegen und folglich wegen derselben das Salvianische Interdict nicht angestellt werden könne; wegen der übrigen aber — diess folgt *argumento a contrario* — Pfandrecht und Interdict allerdings statt finde. Mit andern Worten, die Stelle scheint geradezu das Interdict auch bey einem Generalpfande, und da diesem nothwendig die übrigen Pfänder gleichgestellt werden müssen, bey allen Pfändern überhaupt zuzulassen. Allein dieser Schein verschwindet gänzlich, wenn man den Zusammenhang berücksichtigt, in dem diese Stelle ursprünglich gestanden hat. Die Stelle kommt nicht etwa in der Lehre vom Pfandrecht, sondern in dem Titel *de interdictis* vor, dessen Beschluss sie macht und in dem sie zugleich die einzige das Salvianische Interdict betreffende Stelle ist, welche die Westgothen aufgenommen haben. Leuchtet es nun hiernach ein, dass die Stelle bey Paulus ursprünglich in der Lehre vom Salvianischen Interdict vorkam und dass wir daher das Subject zu *habet* — *habiturus est* — *in usu quotidiano habet* — welches in der ursprünglichen Fassung sich aus dem Vorhergehenden ergab, nach dieser Lehre und den übrigen von derselben handelnden Stellen, folglich mit *colonus* ergänzen müssen, so bekommt freylich Alles eine ganz andere Gestalt. Paulus, der ohne Zweifel schon vorher von den Fällen gesprochen hatte, in denen das Interdict statt fände, und dabey das Erforderniss, dass die Sachen verpfändet und inferirt seyn müssten, an die Spitze gestellt hatte, behandelt nun den Fall, der gewiss oft genug vorkam, dass ein Pächter im Pachtbrief sein ganzes Vermögen verpfändet hatte. Hier fragte es sich, ob diese Verpfändung hinreiche, um das Interdict wegen aller inferirten Sachen zu begründen? und er antwortet: nein; denn von jener allgemeinen Verpfändung sind diejenigen Gegenstände ausgeschlossen, von denen es nicht wahrscheinlich ist, dass der Schuldner sie speciell würde verpfändet haben [23]), als die Concubine, ein natürlicher Sohn oder ein Pflegekind und Alles was der Pächter im persönlichen Gebrauch hat — wohl zu bemerken,

23) *L.* 6—8. *de pignor.* *L.* 1. *C. quae res pign.*

lauter Gegenstände, die zu den mit auf dem Grundstück befindlichen Sachen gehören —; obgleich also alle diese Gegenstände inferirt sind, so findet doch wegen mangelnder Pfandbestellung das Interdict wegen derselben keine Anwendung. Nach dieser so natürlichen Erklärung ist folglich auch in dieser Stelle blos von den verpfändeten *invectis et illatis* des Pächters die Rede und blos von diesen kann *argumento a contrario* gefolgert werden, dass das Interdict ihrer halber statt finde. Die Westgothen freylich haben in ihrer Ignoranz die Stelle ganz zusammenhangslos erklärt und von jedem Pfandgläubiger verstanden, wie folgende hinzugefügte *Interpretatio* zeigt:

*Si quis debitor creditori suo talem fecerit cautionem, ut omnia ei, quae in bonis suis habet, vel habiturus est, oppignorasse videatur, in tali conditione nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quae in usu quotidiano habet, obligata videri possunt. Nec momentum, si creditor petat, de his rebus, quas superius diximus, accipere potest.*

Und so ist es sehr wahrscheinlich, dass die Praxis, welche dem Gläubiger bey jedem Pfandrecht neben seinem *petitorium* auch ein vorhergehendes summarisches *possessorium* gestattet, schon lange vor der Glossatorenzeit im frühesten Mittelalter aufgekommen sey. Zu verwundern aber ist es, dass auch Cuiacius[24]) sich durch jene Interpretation zu der Meinung hat verleiten lassen, dass eben so wie die *Serviana actio*, auch dies *interdictum Salvianum* als *quasi Salvianum* allen Pfandgläubigern gegeben worden sey.

Endlich bleibt noch übrig die fast berüchtigte

*L. 1. C. de precar. et Salv. interd. Imp. Gordianus Aristoni. Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venundedit: integrum tibi ius est, ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione vel quae ad eius exemplum instituitur utilis, ad-*

---

24) In den Noten zu dieser Stelle.

*versus emtorem exercenda* [25]). *PP.* 6. *Idib. Septembr. Pio et Pontiano coss.* 239.

Dieses Rescript hat man seit den Zeiten der Glosse gewöhnlich so erklärt, dass man voraussetzte, der Bittsteller sey ein Verpächter, der *debitor tuus* sein Colone und die Frage, um die es sich gehandelt, die gewesen: ob wenn der Colone von den dem Verpächter verpfändeten Sachen ohne Remission des Pfandrechts etwas veräussert habe, der Verpächter sein Pfand gegen den dritten Besitzer mit dem *Salvianum interdictum* geltend machen könne oder nicht. Hierauf antwortete der Kaiser: In diesem Falle finde das Salvianische Interdict nicht statt, weil dieses nur gegen den besitzenden Pächter oder Schuldner selbst angestellt werden könne, vielmehr sey gegen den Käufer die *Serviana* oder die *Serviana utilis actio* zu gebrauchen. Indem also, sagt man, das Interdict als gegen den Pächter oder Schuldner stattnehmig erwähnt wird, ist es offenbar, dass nach dieser Stelle das Interdict nicht blos im Falle der verpfändeten *invecta et illata* des Colonen, sondern wegen aller Pfänder eines jeden Schuldners angestellt werden kann. Dass nun diese Erklärung nach dem blossen Wortsinne und wenn man Alles nur obenhin betrachtet, an sich möglich sey, wollen wir nicht bestreiten. Neben derselben lässt sich aber auch noch eine andere denken, nähmlich folgende. Wir setzen nicht voraus, dass der Bittsteller ein Verpächter und der *debitor tuus* sein Colone, sondern dass sowohl jener nur irgend ein Pfandgläubiger, als dieser, wie es das Wort sagt, aus irgend einem Grunde, und zwar nach dem gewöhnlichen Sinne des Ausdrucks *debitor*, *ex mutuo* sein Schuldner gewesen sey; die Anfrage aber habe sich, wie sich hieraus von selbst ergibt, nicht darauf, ob das *Salvianum interdictum* auch gegen einen dritten Besitzer, sondern darauf, ob in diesem Falle eines irgendwelchen Schuldverhältnisses das *Salvianum interdictum* überhaupt angestellt werden könne, bezogen, so dass also das Stichwort, worauf der Nachdruck zu legen,

25) So statt des gewöhnlichen *exercenda est* mit Haloander zu schreiben, habe ich kein Bedenken getragen, weil sonst der Satz unconstruirbar ist. Die unwissenden Abschreiber fügten *est* hinzu, weil sie die elegante Attraction *utilis* statt *utili* nicht verstanden.

nicht *venundedit*, sondern das voraufgestellte *debitor tuus* wäre und das *venundedit* blos für die Frage, ob das Pfand nicht etwa überhaupt aufgehört habe, also in nächster Beziehung zu dem ebenfalls voraufgestellten *te non remittente pignus* gedacht werden müsste. Fassen wir nun die Stelle so, so gibt der Kaiser folgende Antwort: 1) Rechtsmittel wegen der verkauften Sache überhaupt stehn dir zu, weil der, ohne Remission des Pfandrechts von deiner Seite, geschehene Verkauf deinem Rechte nicht präjudicirlich seyn kann. 2) Was aber die Art des Rechtsmittels betrifft, so kannst du nicht das *Salvianum interdictum* anstellen, denn dieses geht nur gegen einen Pächter oder Schuldner, d. h. steht nur in dem Falle zu, wo der Schuldner ein Pächter ist; sondern die *Serviana* oder *utilis Serviana actio*, welche kein Pachtverhältniss voraussetzt. Wir verstehn also die Worte *conductorem debitoremve*, wie man zu sagen pflegt, copulativ und so sagt die Stelle nichts davon, dass das *interdictum Salvianum* auch in einem andern Falle, als dem der verpfändeten Sachen eines Colonen angestellt werden könne. Dass nun diese Erklärung nach dem Wortsinne an sich auch zulässig sey, möchte ebenfalls nicht bestritten werden können. Es kommt also darauf an, auszumitteln, welche von beyden Erklärungen theils nach der genauern Betrachtung der Wortfassung in der Stelle selbst, theils nach höhern Gründen des Rechtszusammenhanges mehr für sich habe. Für die erste und gegen die zweyte kann geltend gemacht werden: 1) nach der Fassung der Stelle stehen in einem offenbaren Gegensatze *adversus conductorem debitoremve* beym Salvianischen Interdict und *adversus emtorem* bey der Servianischen Klage; dieses führt aber darauf, dass der Zweifel hinsichtlich der beyden Rechtsmittel der gewesen, ob das *Salvianum* eben so wie die *Serviana actio*, auch gegen dritte angestellt werden könne oder nicht, und folgeweise darauf, dass *debitoremve* nicht copulativ zu verstehn, weil es sonst ganz bedeutungslos dastehn würde. 2) Nach unserer Erklärung ist man genöthigt *adversus conductorem* für *ex causa locati* und 3) *debitoremve* copulativ statt disjunctiv zu nehmen, welches beydes gegen die gewöhnliche Wortbedeutung ist. 4) Gordian redet im Anfange von allen Pfand-

schuldnern und dass er dieses auch wollte, geht aus dem Schluss der Stelle hervor, wo genau die dinglichen Klagen in Ansehung aller Arten der Pfänder unterschieden werden. Wenn nun anfangs schlechthin vom *debitor* die Rede gewesen war, wozu war es denn nöthig, gleich nachher in Beziehung auf das Interdict von *conductorem debitoremve* zu reden, wenn nicht eine Ausdehnung des Interdicts ähnlich wie der *Serviana actio* auf alle Pfandschuldner statt gefunden hätte? 5) Nach unserer Erklärung, welche davon ausgeht, dass der *debitor tuus* nicht ein Pächter gewesen, müsse man annehmen, dass der Concipient der Constitution, indem er setzte *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis*, einen argen Fehler begangen und diesen nicht, wie es allein natürlich gewesen, durch Ausstreichung des *Serviana actione*, sondern durch den nur in mündlicher Rede gestatteten verbessernden Zusatz *vel quae etc.* wieder gut zu machen gesucht habe. — Dass in allen diesen Argumenten etwas sehr Scheinbares liege, läugnen wir nicht; wohl aber, dass sie hinreichen zu jener Erklärung zu nöthigen, zumal da dieser sehr erhebliche ebenfalls nur aus der Fassung der Stelle herzunehmende Gründe entgegenstehn. Wir wollen zuerst den directen und dann den indirecten Gegenbeweis zu führen versuchen.

Was das erste Argument betrifft, so ist die Begriffsentgegensetzung von *adversus conductorem debitoremve* und *adversus emtorem* wenigstens nicht nothwendig; denn dass gegen den Käufer die Klage anzustellen sey, musste unter allen Umständen nach der Eigenthümlichkeit der zum Grunde liegenden *species facti* gesagt werden, und dass eine solche Entgegensetzung wirklich nicht im Sinne des Concipienten lag, sieht man daraus, dass er die Worte *id enim adversus conductorem debitoremve competit* in Parenthese, also ausser unmittelbarem Zusammenhange mit dem Folgenden setzte. Auf das zweyte Argument, wie *adversus conductorem* habe gesetzt werden können, da doch von dem Falle eines dritten Beklagten die Rede sey, werden wir passender unten bey der Frage, gegen wen das Interdict statt finde, Antwort geben können. Dass drittens die disjuncti-

ven Partikeln oft für copulative gesetzt werden, ist allgemein bekannt und wird von den Gegnern selbst zugegeben. Hier aber lässt sich auch der innere Grund, warum der Kaiser sich so ausdrücken konnte, nachweisen. Da nähmlich bey dem ganzen Rescript es hauptsächlich zugleich auf die Frage ankam, ob ein Pfandrecht vorhanden sey oder nicht, so war im Anfange *debitor tuus* auch in der Beziehung mit Nachdruck gesetzt, damit die Voraussetzung, dass der Pfandgeber auch wirklich Schuldner des Bittstellers seyn müsse, nicht unerwähnt bleiben möge. Hierauf nimmt nun der Kaiser auch bey der Beschreibung der Bedingungen des Salvianischen Interdicts Rücksicht, welche so zu denken ist: dieses findet statt, wenn nicht blos von einem Schuldner die Rede ist, sondern von einem Pächter oder Schuldner, d. h. einem solchen, bey dem jene beyden Begriffe so zusammentreffen, dass der eine durch den andern vertreten werden kann; denn es gibt ja auch Pächter, die nicht zugleich Schuldner des Verpächters sind und so wäre es ein Mangel an Präcision gewesen, wenn der Kaiser hier nicht auch die Voraussetzung des Schuldverhältnisses erwähnt hätte. Damit erledigt sich denn auch zugleich der vierte Einwurf, warum nach unserer Erklärung überhaupt der Zusatz *debitoremve* gemacht worden sey. Was endlich die letzte Einwendung betrifft, so ist zuerst zu bemerken, dass es keineswegs fehlerhaft gewesen seyn würde, wenn der Concipient blos *Serviana actione* gesetzt hätte, weil damit die Römischen Juristen sehr häufig die *quasi Serviana actio* bezeichnen[26]). Ausserdem ist aber das Hinzusetzen eines verbessernden oder näher bestimmenden Ausdrucks bey den besten Schriftstellern[27]) etwas so Häufiges,

---

26) Die Stellen hat gesammelt Valett Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1. §. 375. S. 303. Not. 95. Vgl. Glücks Pandekten Bd. 18. S. 313.

27) Ein Heer von Beyspielen siehe in *Handii Tursellin. Tom. I. p.* 539. Will man juristische Beyspiele, so vergleiche man die *Inscr. tit. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Aehnlich die Stellen, wo *ager vectigalis* verbessernd durch *emphyteuticarius* erklärt wird. Das allerschlagendste und völlig ähnliche Beyspiel ist aber in *L.* 1. *C. quor. bonor.* in den Worten „*ad hereditatem vel bono-*

dass daraus gewiss kein Vorwurf gemacht werden kann, besonders wenn wie hier der Grund sich nachweisen lässt, warum zuerst das Unbestimmtere und dann das Bestimmtere gesetzt wird. Dieser besteht nähmlich darin, dass der Kaiser, durch die Sache selbst veranlasst, den Gegensatz hervorheben wollte, der zwischen den beyden Rechtsmitteln wegen Pfandrechts, dem Interdicte, welches auf dem Factischen des Pfandes an den Pächtersachen, und der *actio*, die auf dem Pfandrechte überhaupt beruht, in ihren Principien statt findet. Dazu war es durchaus nothwendig zuerst die *actio Serviana* selbst zu nennen, mit der jenes zweyte Princip zuerst und materiell so vollständig ausgesprochen war, dass die *utilis Serviana* nur eine formelle Ausdehnung derselben enthielt, und darauf nur näher bestimmend für den gegenwärtigen Fall die *utilis Serviana* zu erwähnen.

Es bleibt noch übrig, das was der von uns verworfenen Erklärung positiv entgegensteht, bemerklich zu machen. Dieses ist besonders Folgendes: erstens wäre es, wenn *debitoremve* auf das s. g. *interdictum Salvianum utile* gehn sollte, ein unerklärlicher Mangel an Concinnität, wenn der Kaiser, der gleich darauf bey der *Serviana actio* die *directa* von der *utilis* so ausdrücklich unterscheidet, dieses bey dem schon früher erwähnten Interdict nicht gethan haben sollte. Zweytens, wenn wirklich die Frage die gewesen wäre, ob das *Salvianum* auch gegen dritte Besitzer gehe oder nicht, so hätte ein auch nur einigermassen passend sich ausdrückender Concipient *adversus ipsum conductorem debitoremve* schreiben müssen. Endlich lässt sich genau genommen nach dieser Erklärung nicht rechtfertigen, warum der Kaiser beyde Klagen, die *Serviana* und die *Serviana utilis* erwähnt. Nimmt man mit den ältern Rechtslehrern an, dass der *debitor* zu Anfange des Rescripts ein Colone gewesen sey, so ist die *utilis Serviana* ganz überflüssig. Nimmt man aber das Wort mit Thibaut allgemein, so dass es sowohl einen

---

*rum possessionem admissum*," wegen deren Erklärung ich auf von Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 6. S. 260. verweise.

Pacht- als einen andern Schuldner bezeichnen könne, so fällt nachher *debitoremve* unangenehm auf, statt dessen man *aliamve debitorem* erwarten würde.

Doch wollten wir auch zugestehn, dass Gründe und Gegengründe, welche sich für die eine oder andere Erklärung aus der Stelle selbst anführen lassen, einander ziemlich die Waage hielten, so würde doch durch die tiefern Gründe, welche für unsere und gegen die gewöhnliche Erklärung sprechen, die Sache als entschieden betrachtet werden müssen. Denn erstens würde nach der andern Erklärung diese Stelle mit allen übrigen im Widerspruch stehn, und zwar nicht blos hinsichtlich des Punctes, von dem wir hier handeln, sondern auch in ihrem Ausspruche über den Beklagten in dem *interdictum Salvianum*, wovon später. Nach unserer Erklärung dagegen stimmt sie mit dem ganzen übrigen Rechte in beyden Puncten völlig überein. Wollte man aber zweytens annehmen, sie habe das frühere Recht geändert, so würden alle über die Unnatürlichkeit und Unzweckmässigkeit einer solchen Aenderung oben ausgeführten Gründe entgegentreten; auch bliebe dann doch noch immer der Widerspruch gegen die Institutionenstelle, die ohne Zweifel später ist, als dieses gewiss schon im alten Codex aufgenommen gewesene Rescript. Endlich lässt sich eine solche Aenderung auch deswegen nicht annehmen, weil die Stelle ein blosses Rescript ist, welches obendrein den Punct, auf den es ankommt, nur im Vorbeygehn erwähnt. Gegen solche Gründe vermag denn auch die Actorität der Basiliken nichts, welche die von uns widerlegte Ansicht in einem ärmlichen Auszuge aus unserer Stelle aufgenommen haben[28]). Denn es ist keine Spur vorhanden, dass sie hier noch eine andere Quelle, als welche uns auch zu Geboth steht, benutzt hätten, und überhaupt sind sie, wie Thibaut gerade bey dieser Gelegenheit sagt, „als Erklärungsquelle so ungesalzen, wie das schwarze Meer, in dessen Nähe sie geschrieben sind“[29]).

---

28) *L.* 25. *T.* 2. §. 36.

29) a. a. O. S. 144. — Aber wie merkwürdig, dass derselbe

## 2. Wegen welcher Sachen findet das Interdict statt?

Aus unserer obigen allgemeinen Betrachtung über die Natur dieses Interdicts ergaben sich hinsichtlich der Sachen, wegen deren es angestellt werden kann, hauptsächlich zwey Erfordernisse: diese Sachen müssen dem Verpächter wegen seiner Pachtforderungen verpfändet seyn und mit zu den auf das Grundstück gebrachten Sachen des Pächters gehören. Das erste ist erforderlich, weil das ganze Interdict nur wegen des Befriedigungsr e c h t s des Verpächters an den eingebrachten Sachen, dessen Ausübung den Besitz voraussetzt, gegeben ist und hinsichtlich der Sachen gewisser Massen die Stelle der *actio locati* gegen die Person des Pächters vertritt. So wie nun diese nicht statt findet, wenn kein wirkliches Recht gegen den Pächter vorhanden ist, so auch das *Salvianum interdictum* nicht ohne ein wirkliches Pfandrecht. Auch bestätigen dieses unsere Quellen.

*Gai.* 4, 147. und §. 4. *I. de interd. — de rebus coloni, quas (is) pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Theophil. ibid. — Nam si cessaverit in solvendo, adversus quemvis res coloni possidentem agetur Salviano interdicto.*

Denn mit den Worten *de rebus coloni* soll angedeutet werden, dass wenn der Colone etwa fremde Sachen eingebracht und verpfändet hätte, das Interdict nicht statt finden würde. Dass übrigens Verpfändung oder Einwilligung von Seiten des dritten Eigenthümers der Verpfändung eigener Sachen des Colonen gleichstehe, versteht sich von selbst. Noch deutlicher sind *L.* 1. §§. 1. u. 2. und *L.* 2. *D. h. t.*, welche nachher erklärt werden sollen, aus denen aber so viel auf den ersten Blick hervorgeht, dass es für das *Salvianum inter-*

---

Irrthum, welcher unmittelbar nach der Völkerwanderung im Occident aufkam (*Interpr. ad Paul. S. R.* V, 6. §. 16. Vgl. oben), um dieselbe Zeit ungefähr selbstständig auch im Orient sich verbreitete und hier wie dort eine lange Reihe von Jahrhunderten hindurch die Praxis gefangen hielt! Es gibt offenbar Richtungen in der geschichtlichen Entwickelung der Völker, welche gewisse Irrthümer, sowohl im Grossen wie im Kleinen fast mit Nothwendigkeit in sich schliessen.

*dictum* nichts weniger als gleichgültig ist, ob das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen vollständig eingetreten ist oder nicht[30]).

Völlig irrig ist daher die schon in der Glosse vorkommende und seitdem in der Praxis gewöhnlich befolgte Meinung, dass bey diesem Rechtsmittel es nicht darauf ankomme, ob die Sache auch *in bonis* des Verpfänders gewesen sey, sondern die blosse Verpfändungshandlung und der Besitz des Pächters hinreiche. Auch beruhte diese Meinung im Grunde auf weiter nichts als der Verzweiflung, sonst irgend einen durchgreifenden Unterschied zwischen diesem Interdict und der *Serviana actio* nahmhaft zu machen[31]). In neuesten Zeiten ist sie fast ganz verschwunden[32]).

Das blosse Vorhandenseyn des Pfandrechts reicht daher nicht hin; das Pfand muss auch nach der Idee unsers Interdicts durch wirklichen Vertrag des Gläubigers entstanden seyn (s. oben S. 16.). Und auch dieses Erforderniss wird durch unsere Quellen bestätigt. Die Institutionenstelle sagt ausdrücklich: *quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepi-*

---

30) Es könnte sich Jemand versucht fühlen, aus der Analogie des *interdictum de migrando*, welches kein wirkliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen, sondern nur dass sie um des Pfandes willen eingebracht sind erfordert (*L.* 1. §. 5. *L.* 2. *de migr.*) gegen unsere Meinung ein Argument herzunehmen, weil wir oben bewiesen haben, dass dieses Interdict mit dem unsrigen auf gleichem Fundamente ruhe. Allein jenes Interdict soll ja gerade den Miether gegen eine unbefugte Retention des Eingebrachten von Seiten des Vermiethers schützen. Indem es also so auf der Negative von dem, was unser Interdict positiv voraussetzt, beruht, muss es alle die Gründe umfassen, aus denen der Vermiether kein Pfandrecht geltend machen kann, sey es, dass er von Anfang an kein Pfandrecht erwarb, oder dass das erworbene wieder aufgehört hat.

31) *Gloss. ad L. 1. C. de precar. et Salv. Sed quae est differentia inter hoc interdictum et Servianam? R. in Serviana oportet locatorem probare colonum fuisse dominum tempore locationis ut ff. de pig. L.* 1. §. *cum praedium. in fine. Sed in interdicto sufficit, si probat ipsum possedisse. et sic etiam pro aliena re datur. Item hoc possessorium illud petitorium.* Die spätern Praktiker citiren *Stryck. usus modern. pand.* XLIII, 33. §. 1. *Bachov. de pignor. et hypoth.* 3, 20. Andere modificirten diese Meinung etwas indem sie sagten, das Interdict beruhe auf einem *pignus praesumptum.* Vgl. *Titius ad Lauterbach. Compend. iur. cum not. var.* XLIII, 33. *Faber Error. Pragm. Dec.* 58. *err.* 4. Westphal vom Pfandrecht. §. 289.

32) Eine Spur derselben findet sich wieder bey Dü Roi im Archiv für civil. Prax. Bd. 6. S. 404.

gisset. Die Pandekten setzen ebenfalls ein *pignoris nomine inducere*, *inferre* voraus (*L.* 1. *pr.* §§. 1. u. 2. *h. t.*). Und auch Paulus (*S. R.* V, 6. §. 16.) führt den Fall einer ausdrücklichen Verpfändung an. Sehr merkwürdig ist es ferner, dass auch das *interdictum de migrando*, welches, wie wir oben aus der Natur der Sache schlossen, auf demselben Principe mit dem unsrigen beruht, eine ausdrückliche Verpfändung der *invecta et illata* voraussetzt (*L.* 1. *pr.* §. 5. *de migr.*) eine Analogie, durch welche nicht nur der Zusammenhang, den wir zwischen diesem und dem Salvianischen Interdict nachgewiesen haben, sondern auch der Satz, den wir hier zu belegen hatten, eine neue Bestätigung erhält. Die Früchte also, welche dem Verpächter schon *tacite* verpfändet sind, würde er doch mit diesem Interdicte nicht einklagen können, wenn nicht noch eine ausdrückliche Verpfändung hinzugekommen wäre. Dass es aber gleichviel sey, ob diese speciell oder generell geschehn sey, würden wir schon nach der Natur der Sache behaupten müssen, wenn wir auch für die generelle Verpfändung nicht die Belegstelle von *Paul. S. R.* V, 6. §. 16 hätten.

Was das zweyte Erforderniss, die geschehene Illation, betrifft, so könnte dessen Begründung durch die Quellen besonders zweifelhaft erscheinen, da die ausdrücklichen Zeugnisse bey *Gai.* 4, 147. und in §. 3. *I. de interd.* sich des ganz allgemeinen Ausdrucks *res coloni* bedienen. Allein legt man nur auf *coloni* den gehörigen Nachdruck und nimmt *res coloni* für Sachen des Colonen als solchen, so stimmt dieser Ausdruck in der That mit dem, was wir aus der Idee unsers Interdicts in dieser Beziehung deducirt haben, völlig überein. Denn der Begriff des Colonen, von dem des *conductor* durch das Factische verschieden, ist bedingt durch das von ihm zu bebauende Grundstück; werden also Sachen des Colonen als solchen gedacht, so sind diess solche, die ebenso wie er selbst und ihm folgend um des Pachtverhältnisses willen auf dem Grundstück sind und in ihrer factischen Existenz durch das Grundstück begründet werden. Auch bestätigt diese Interpretation Theophilus, der statt *res coloni* geradezu *εἰσαγόμενα* setzt und die Pandektenstellen, welche in ihren Beyspielen nur *invecta et illata* anführen. Der Begriff der

Illation ist aber hier eben so zu bestimmen wie bey dem Pfande, welches dem Vermiether eines *praedium urbanum* an den Illaten des Miethers zusteht. Es kommt also darauf an, dass die Sachen dauernd und zum beständigen Gebrauche in das Grundstück hineingebracht sind, so dass bey ihnen sächlich dasselbe eingetreten seyn muss, was bey Personen zum Domicil erfordert wird [33]). Ob aber ein wirkliches Hineinschaffen der Sachen (*invehere*, *inferre*) statt gefunden hat, oder sie auf andere Weise auf dem Grundstücke dauernd sich zu befinden angefangen haben, ist natürlich gleichgültig. Ohne Zweifel hatte sich auch der Prätor nicht blos jener beyden Ausdrücke sondern einer vollständigern Formel, etwa: *in fundum invecta, introducta, importata, ibi nata paratave* oder einer ähnlichen bedient [34]). Jedenfalls muss aber, wenn das Interdict seiner directen Fassung nach Anwendung finden soll, die Sache angefangen haben in dem Grundstücke zu seyn. Denn ist dieses nicht der Fall, so passen alle obigen Ausdrücke und die ähnlichen, welche man etwa noch hinzuerfinden möchte, nicht. Indessen lässt es sich denken, dass wenn auch jene Ausdrücke keine Anwendung finden, doch die Meinung des Edicts begründet sey, und dann muss, wie gewöhnlich, ein *utile interdictum* ertheilt werden. Einen solchen Fall führt Julian an in:

> *L. 1. pr. h. t. Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.*

Um ihn aber vollständig verstehn zu können, wird es nö-

---

33) *L. 7. §. 1. in quib. caus. pign. tac.* Glücks Pandekten Bd. 18. S. 416 flg.

34) In *L. 32. de pignor. et hypoth.* heisst es von einer Verpfändung der *invecta et illata: ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata paratave essent, pignori essent.* In dem Edict *de migrando L. 1. pr. de migr.* kommen die Worte *introducta, importata, ibi nata factave* vor. Noch sind zu vgl. *L. 11. §. 2. qui potior. L. 14. quib. mod. pign. solv.* Ranchinus in seinem *edictum perpetuum restitut.* (*Meermann. Thesaur. iur. Tom.* I. *p.* 259.) gibt: *quae in fundum, quo de agitur, invecta, ibi nata factave essent.* Ohne Zweifel standen die Worte der ersten Stelle in unserm Interdict; denn dort ist von ländlichen Grundstücken die Rede.

thig seyn die noch so sehr im Argen liegende Lehre von den Erweiterungen des Pfandrechts auf die hinzukommenden Sachen in ihren Grundzügen voraufzuschicken.

Wenn eine Sache verpfändet wird, so tritt damit zwar nur das Individuum eben dieser Sache in die Obligation, dieses aber auch so, dass das ganze Recht, welches der Eigenthümer daran hat, dem Pfande unterliegt. Nun lassen sich zwey Arten von Erweiterungen der Sache denken: 1) solche, welche kein neues Individuum ausmachen, sondern das alte nur vergrössern, verbessern oder verändern, z. B. ein *ususfructus* tritt durch Consolidation zur Proprietät hinzu, eine *area* wird mit einem Hause bebaut, ein Grundstück durch Alluvion vergrössert. Bey diesen versteht es sich von selbst, dass indem das Individuum der Pfandsache dasselbe bleibt, auch das Pfandrecht es jedesmal so ergreift, wie es beschaffen ist; daher hier auch gar nichts darauf ankommt, ob die Veränderung beym Verpfänder oder bey einem spätern Eigenthümer erfolgt[35]). 2) solche Erweiterungen, die in eigenen Sachen hervortreten, als Früchte, der *partus ancillae*, die *insula in flumine nata*, der *alveus derelictus*, der Schatz, welcher *iure soli* dem Eigenthümer zufällt. Von diesen muss man behaupten, dass indem die Hervorbringung dieser Sachen oder die Darbiethung eines Hauptsächlichen, zu dem sie hinzutreten können, ebenfalls mit zu dem Gegenstande des verpfändeten Eigenthums, folglich des Pfandes gehört, dieses sich auch auf jene hinzutretenden Sachen erstrecke, jedoch nur insoweit, als zu denselben bey dem Verpfänder selbst schon der Keim gelegt worden ist; denn die Verpfändung ergreift zwar die ganze Sache in ihrer ganzen Entwickelung, aber, wenn diese Entwickelung in neuen einen selbstständigen Erwerb voraussetzenden Sachen erscheint, doch nur insofern als sie in dieser Entwickelung dem Verpfänder gehört; man kann aber nicht sagen, dass z. B. die Früchte die erst von einem nachherigen Eigenthümer gesäet worden sind, zur Entwickelung der Sache als eines Eigenthums des frühern Eigenthümers ge-

---

35) *L.* 16. *pr.* §. 2. *de pignor. et hypoth. L.* 18. §§. 1. u. 2. *de pignor. act.*

hören. Auch kann hierin das keinen Unterschied machen, ob die zukünftigen Accessionen ausdrücklich verpfändet sind oder nicht; denn auch die ausdrückliche Verpfändung kann kein Pfand an einer solchen Sache geben, die zu der Zeit, wo sie existent wird, dem Verpfänder nicht gehört [36]). Nur der Unterschied würde zugegeben werden müssen, dass bey ausdrücklicher Verpfändung es dem Gläubiger freystände, ob er sich zuerst an die Hauptsache oder an die Accession halten wollte, während er bey der stillschweigenden sich zuerst aus der Hauptsache befriedigen müsste und die Accession ihm nur *in subsidium* haftete [37]). Ferner stehn auch Früchte den übrigen Accessionen in der Beziehung, in welcher wir die letztern bis jetzt betrachtet haben, völlig gleich. Dagegen bewirkt die eigenthümliche Natur der Früchte noch folgende nur für sie geltende Rechtssätze: 1) dass sie auch dann als nicht beym Verpfänder entstanden zu betrachten sind, wenn ein blosser *b. f. possessor* sie gezogen hat; denn sie gehören mit zu dem regelmässigen Ertrage der Sache, welcher Inhalt des Rechts des *b. f. possessor* mit Ausschluss des Eigenthümers ist [38]). Ein *partus ancillae* dagegen, welcher beym *b. f. possessor* concipirt und geboren wäre, würde ebenso in den Pfandnexus fallen, als wenn der Verpfänder selbst besessen hätte. 2) Die Fruchterzeugung gehört mit zu der vollen Individualität der Sache selbst, welche eben theils in der *res ipsa* (*proprietas* — Kauf), theils in der Beziehung derselben zum Menschen,

36) Umgekehrt würde auch dann kein Pfand an der Accession entstehn, wenn zur Zeit ihrer Verpfändung die Hauptsache dem Verpfänder nicht gehörte. *L.* 11. §. 3. *qui potiores.* Denn indem sie vor ihrer eigenthümlichen Existenz als Inviduum in der Entwickelung der Hauptsache besteht, muss wenigstens diese Entwickelung dem Verpfänder gehören — welches nur durch Eigenthum, *usus fructus* oder ein anderes Rechtsverhältniss zur Sache möglich ist — wenn nicht eine fremde Sache verpfändet seyn soll. Doch würde eine *utilis hypothecaria* zu geben seyn.

37) Vgl. Backe *bonae fid. possessor quemadm. fruct. suos fac. p.* 126. Auch die Eigenthümlichkeit tritt ein, dass bey nicht ausdrücklicher Verpfändung der Eigenthümer die Früchte consumiren, z. B. verkaufen, und andere Erzeugnisse specificiren kann und damit das Pfand aufhört. *L.* 18. §. 3. *de pign. act.* denn damit wird die Sache *bona fide* zu einer andern gemacht, welche nicht verpfändet ist; wie man ja auch einen nur *generaliter* verpfändeten Sclaven manumittiren kann.

38) *L.* 1. §. 2. *de pignor. et hypoth.* Dazu Backe *l. c. p.* 118—130.

dass sie ihm Gebrauch und Früchte gewährt (*ususfructus — locatio conductio*), besteht. Daher müssen die Früchte als solche — im Gegensatz der Früchte als für sich bestehender Sachen — bey jeder Vindication der Sache selbst, folglich auch bey der *hypothecaria actio* zur Sprache kommen, mögen sie auch ganz bey dem dritten Besitzer gewachsen und erzogen seyn. Und zwar ist auch hier die Frage, was und wie viel zu restituiren sey nach dem *boni viri arbitrium*, folglich nach der *aequitas*, zu beurtheilen, welche im Ganzen zu demselben Resultat führt, wie bey der *rei vindicatio*, nur mit dem Unterschiede, dass, da nach der *aequitas* niemand sein Recht so weit ausüben darf, dass er ohne eigenes Interesse dem fremden Interesse zu nahe tritt, der Pfandgläubiger immer nur dann Herausgabe der Früchte verlangen kann, wenn die Hauptsache zu seiner Befriedigung nicht hinreicht[39]).

Hier interessiren uns nun näher blos die vorhin als für alle Arten von Accessionen überhaupt geltend aufgestellten Grundsätze, und es kommt zunächst noch darauf an, sie auch in unsern Quellen nachzuweisen. Dass die Verpfändung der Hauptsache überhaupt auch die Accessionen ergreife, einerley ob sie ausdrücklich mit verpfändet sind oder nicht, bestätigen *L.* 3. *C. in quib. caus. pign. tac.* (*Alexander*) *L.* 1. *C. de part. pign.* (*Idem*) *L.* 29. §. 1. *de pignor. et hypoth.* (*Paul.*) *L.* 26. *in fin. eod.* (*Modestin.*) *L.* 13. *pr. eod.* (*Marcian.*) Das offenbare Gegentheil sagt zwar *Paul. S. R.* II, 5. §. 2. *Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.* Allein vergleicht man die *Interpretatio* dazu: *Si quis gregem equarum, vaccarum vel avium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, fetus earum rerum ad debitorem non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit, et partum ediderit, ad debitorem pertinet, non ad creditorem.* so wird offenbar, dass die Stelle corrupt seyn muss und nach der ursprünglichen richtigen Lesart Paulus vielmehr sagte: die Erzeugnisse

39) *L.* 1. §. 2. *L.* 16. §. 4. *de pignor. et hypoth.*

einer zu Pfande **übergebenen** Sache würden durch das blosse Pfandrecht nicht Eigenthum des Gläubigers, wenn nicht etwa eine Antichrese unter den Partheyn verabredet sey. Dürfte man annehmen, dass die ebenfalls aus dem zweyten Buch der *Sententiae* excerpirte und der Materie nach sehr verwandte *L.* 8. *in quib. caus. pign. tac. Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras* (wahrscheinlich zu lesen *usurarum*) *retinere.* unmittelbar und nur mit dazwischen gesetztem *Sed* auf die obige Stelle gefolgt sey, so würden mit der leichten Emendation *retinetur* statt *tenetur* alle Schwierigkeiten gehoben seyn.

Was aber die Frage betrifft, in wiefern die bey einem andern Eigenthümer als dem Verpfänder abgesonderten Erzeugnisse dem Pfandrecht ebenfalls unterworfen sind oder nicht, so wird zwar der Unterschied, ob sie noch beym Verpfänder oder erst bey dem dritten Eigenthümer entstanden sind, in unsern Quellen nirgends ausdrücklich hervorgehoben; aber indem einige Stellen[40]) geradezu sagen, dass solche Sachen ebenfalls dem Pfande unterliegen, eine andere es ebenso bestimmt läugnet[41]) und ein Grund zu der Annahme, dass die Römischen Juristen über diese Frage uneinig oder gar ungewiss gewesen seyen, überall nicht vorhanden ist; so ist der Vereinigungsversuch sehr natürlich die ersten Stellen mit der Voraussetzung, dass die Sclavin-

40) *L.* 1. *pr. de Salv. interd. L.* 18. §. 1. *de pign. act.* (**Paul.**) *Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis.* §. 2. *Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat; sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus est.* Vielleicht muss man lesen: *Et si fundus*, weil sonst der Vergleich mit dem *partus ancillae* nichts hat, worauf er sich bezieht. Am richtigsten aber möchte es seyn die Stelle so zu verstehn: Der (nachtheilige) Pfandnexus der Sache geht eben so auf den Käufer über, wie jede (vortheilhafte) Eigenschaft derselben, z. B. dass die verkaufte Sclavinn schwanger ist. Dann bezieht sie sich gar nicht auf unsere Frage.

41) *L.* 29. §. 1. *de pign. et hypoth.* (**Paul.**) *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius: caeterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.*

nen, von denen dort die Rede ist, noch beym Verpfänder concipirt haben, die letztere dagegen so, dass die Sclavinnen bey dem dritten Eigenthümer concipirt und geboren haben sollen, zu verstehn.

Zu jenen ersten Stellen gehört nun auch die unsrige. Wenn also der Pächter, der alle *invecta illata*, *ibi nata paratave* verpfändet hat, eine eingebrachte Sclavinn verkauft, und diese das schon beym Verkäufer concipirte Kind beym Käufer gebiehrt, so ist dieses Kind allerdings auch dem Verpächter verpfändet. Was aber das Interdict betrifft, so steht dem Verpächter zwar das *interdictum directum* wegen des Kindes nicht zu, weil man von letzterm nicht sagen kann, dass es zu den Gegenständen gehöre, welche pfandweise auf dem Grundstücke zu seyn angefangen haben; wohl aber ein *interdictum utile* d. h. mit dem erweiternden Zusatze, *quodve ex ea ancilla natum est*, *quae pignoris causa in fundum inducta est;* denn ebenso, wie das Pfandrecht an dem Kinde um der Mutter willen, die mit der ganzen Entwickelung ihrer Individualität im Eigenthum des Pächters stand, anerkannt werden muss, so muss man auch das factische Moment des Interdicts hinsichtlich des Kindes als nach der wahren Willensmeinung des Prätors vorhanden anerkennen, weil das Kind dadurch, dass seine Mutter, die es auf dem Grundstück concipirte, durch das Grundstück bedingt war, ebenfalls als factisch durch das Grundstück in seiner Existenz bedingt anzusehn ist. Was aber so von dem Sclavenkinde gilt, würde auf dieselbe Weise von dem Kalbe einer vom Pachtgrundstück trächtig verkauften Kuh und von allen ähnlichen Erzeugnissen gesagt werden müssen.

Noch sind hinsichtlich der Sachen, wegen welcher das Salvianische Interdict statt findet, zwey Puncte zu bemerken, welche ebenfalls unsere obige Deduction über seine wahre Bedeutung nicht wenig bestätigen. Zuerst ist es ein *interdictum adipiscendae possessionis* und findet folglich nicht statt wegen der Pfandsachen, in deren Besitze der Pfandgläubiger schon einmal gewesen ist. Diese Eigenschaft desselben würde ganz willkührlich erscheinen, wenn es blos ein s. g. *possessorium* im Sinne unserer Praxis wäre, dazu

bestimmt, dem Pfandgläubiger in einer schleunigeren Processart wenigstens vorläufig zum Besitze seines Pfandes zu verhelfen. Denn consequenter Weise müsste man erwarten, dass dieses *possessorium* denselben Umfang hätte wie das *petitorum* d. h. die Servianische Klage, welche sich nach der Meinung unserer Praktiker ja nur in der Processart von dem Interdicte unterscheiden soll, welche aber bekanntlich auch dann statt findet, wenn man schon im Besitz der Sache gewesen ist. Nach der wahren Natur unseres Interdicts dagegen erscheint jene Eigenschaft durchaus als nothwendig. Denn danach soll es dem Verpächter blos die Sicherung gewähren, die er zufolge der Eigenthümlichkeit des Falles der *res coloni* sich nicht selbst gewähren konnte, nähmlich den Besitz des Pfandes. So wie aber bey andern Pfändern der Besitz derselben nur einmal dem Pfandgläubiger vom Verpfänder übergeben wird und jener nachher lediglich selbst für die Erhaltung desselben zu sorgen hat, so kann auch der Verpächter nur einmal den Besitz durch Hülfe dieses Interdicts erlangen, und es fällt zufolge seiner ergänzenden Natur ganz weg, wenn er den Besitz auf andere Weise schon erlangt gehabt hätte.

Der zweyte Punct betrifft die Eigenheit, welche von unserm Interdict in *L.* 1. §§. 1. u. 2. und *L.* 2. *h. t.* berichtet wird.

*L.* 1. §. 1. (*Iulian.*) *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur. inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur: utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.* §. 2. *Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit: scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.*

*L.* 2. (*Ulp.*) *In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: posses-*

*sor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.*

Wenn zweyen dieselbe Sache *in solidum* verpfändet ist, was bekanntlich nicht präsumirt wird, sondern aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärungen der Partheyn hervorgehn muss[42]), so hat jeder von ihnen, wie bey einer persönlichen Correalforderung, das ganze Pfand und kann es durch Klage wie durch Verkauf ganz geltend machen. Klagt er nun gegen einen dritten Besitzer, so muss ihm die Sache herausgegeben werden, besitzt aber der andere solidarische Pfandgläubiger, so siegt wie gewöhnlich bey gleichem Rechte der Besitzer[43]). In diesem Falle nun, auf den sich der Anfang von *L.* 1. §. 1. *cit.* bezieht, stehn sich *Salvianum interdictum* und *Serviana actio* durchaus gleich. Wenn dagegen Jemandem nur eine *pars pro indiviso* von einer Sache verpfändet ist, was z. B. so vorkommen kann, dass seinem Mitgläubiger der übrige Theil verpfändet wird — dieses ist der Fall von *L.* 1. §. 1. *in fin.* und *L.* 2.[44]) — oder so, dass der Verpfänder selbst nur zu jener *pars pro indiviso* Eigenthümer war — der Fall von *L.* 1. §. 2. — so gehn alle seine Pfandbefugnisse nur auf diesen Theil, auf ihn aber ebenso vollständig und um den andern Theil unbekümmert, als wenn beyde zwey ganz verschiedene Sachen wären. Nahmentlich kann er mit der *hypothecaria actio* von jedem Besitzer der Sache, auch dem Mitpfandgläubiger oder dem Eigenthümer des pfandfreyen Theils, seine *quotae partis possessio* einklagen[45]), wie auch in unsern Stellen anerkannt wird. Allein hier weicht das *interdictum Salvianum* von der *actio hypothecaria* völ-

---

42) *L.* 16. §. 8. *de pignor. et hypoth.*

43) *L.* 10. *de pignor. et hypoth.*

44) Es ist zwar in dieser letztern Stelle nicht ausdrücklich gesagt, dass die Sachen *pro parte* verpfändet seyen, aber theils folgt dieses daraus, dass nicht das Gegentheil gesagt ist, weil die Verpfändung *pro parte* im Zweifel zu präsumiren ist, theils daraus, dass Ulpian sonst nicht auf die Servianische Klage hätte verweisen können, mit der man bey einer Verpfändung *in solidum* gegen den Mitpfandgläubiger ebenfalls nicht durchdringt.

45) *L.* 10. *L.* 16. §. 8. *citt.*

lig ab. Sobald hier der Kläger nicht Pfandgläubiger der ganzen Sache ist, wird er abgewiesen, mit andern Worten: das *interdictum Salvianum* findet nicht statt wegen einer *pars rei pignori data*. Der Grund nun sowohl von dieser Eigenthümlichkeit des Salvianischen Interdicts als davon, dass sie der hypothekarischen Klage nicht beywohnt, ist wiederum sehr leicht aus den Grundlagen zu erklären, welche für beyde Rechtsmittel oben nachgewiesen worden sind. Erinnern wir uns nähmlich, dass das Interdict wegen der *res coloni* nicht zunächst aus dem Pfandrechte entsteht, d. h. nicht deshalb statt findet, weil diese Sachen überhaupt pfandweise obligirt sind, sondern vielmehr deshalb, weil diese Obligation zugleich factisch auf ausgezeichnete Weise eintritt, indem die Sachen ihrer ganzen factischen Existenz nach durch den ihnen pachtweise gewährten Wohnort bedingt sind, so leuchtet von selbst ein, dass da, wo die Sache nur zum Theil dem Pfandrecht unterliegt, die Erfordernisse des Interdicts nicht vorhanden sind. Denn so wie alle *facta* untheilbar sind, wie nahmentlich ein Mensch nicht zur Hälfte irgendwo wohnen kann, so kann auch jenes Moment der örtlich begründeten factischen Existenz der Sachen und die darauf beruhende factische Obligation derselben für das Pachtgeld nicht für einen Theil der Sache eintreten. Wenn also auch der Verpächter das Recht des Pfandes, welches auf der rechtlichen Existenz der Sache beruht und danach theilbar ist, an der *pars pro indiviso* eben so wie an einer ganzen Sache erhält, so entgeht ihm doch das andere hauptsächliche Erforderniss dieses Interdicts, die factische Pfandverhaftung, welche auf der untheilbaren factischen Existenz der Sache durch das Grundstück beruht und daher nicht *pro parte* eintreten kann. Die *actio hypothecaria* dagen stützt sich nicht auf jenes factische Moment, sie soll nicht zunächst eine Anordnung des Factischen herbeyführen, sondern sie beruht lediglich auf dem Pfandrechte des Verpächters, welches nur zufällig in diesem Falle an den *invecta et illata* eintritt. Indem dieses aber theilbar ist, steht der Anwendung der Klage auf eine nur zum Theil verpfändete Sache des Pächters nichts im Wege.

Noch sind zwey Bemerkungen hinzuzufügen. Da der Grund, warum das *interdictum Salvianum* wegen einer theilweise verpfändeten eingebrachten Sache nicht statt findet, blos darauf beruht, dass das Factische dieses Pfandes nicht an einer *pars pro indiviso* entstehn kann, so folgt, dass es doch mitunter wegen einer Sache, die nicht ganz zu Pfande haftet, mit Erfolg angestellt werden kann. Denn denken wir uns, dass die Sache bey ihrer Einbringung ganz verpfändet wurde, nachher aber der Pächter einen Theil derselben *pro indiviso* mit Einwilligung des Verpächters veräusserte, so werden wir umgekehrt sagen müssen, dass jene factische Verpfändung auch nicht *pro parte* habe aufhören können und folglich das Interdict statt finde, obgleich es blos einen Theil des Besitzes verschafft. Eine andere Bemerkung betrifft den auffallenden Umstand, dass Julian in *L.* 1. §. 1. *cit.* die Pfandklage, welche wegen der *pars pro indiviso* anzustellen sey, *utilis actio* nennt, während man erwartet, dass, da hier von *invectis et illatis* des Colonen die Rede ist, die *Serviana actio directa* statt finden werde [46]). Wie ich glaube, liegt der Grund, warum die *Serviana actio* in ihrer ursprünglichen Fassung doch nicht wegen eines Theils der Pfandsache gebraucht werden konnte, darin, dass auch sie noch, obgleich nicht materiell, doch formell auf den Umstand der *invectio et illatio*, welche das Pfand begründet hätte, Rücksicht nahm. Man denke sich etwa die Klagformel so: *Si paret Stichum esse ex his rebus, de quibus convenit inter colonum (eumve) cuius tum in bonis erant, et actorem, ut quaecunque in fundum inducta invecta, importata, ibi nata paratave essent, ea pro mercedibus eius fundi pignori essent* — so würde, wenn man setzen wollte *Stichum pro dimidia parte*, die Klage zu keinem Resultat führen, weil die Hälfte des Stichus nicht eingebracht werden konnte und doch nur an das durch die Einbringung entstandene Pfandrecht die

46) In *L.* 2. *eod.* heisst es zwar blos *Servianum iudicium;* allein es ist oben schon bemerkt, dass auch die *utilis Serviana* häufig *Serviana actio* schlechthin genannt wird.

Condemnation in der Klagformel geknüpft war. Es musste also *utili Serviana* etwa so geklagt werden: *Si paret, inter eum, cuius Stichus ex dimidia parte in bonis erat, et actorem convenisse, ut pro mercedibus fundi illius pignori esset etc.* [47]).

Uebrigens ist die von uns eben behandelte Frage von den Neuern meist unberücksichtigt geblieben, wenigstens kann man von ihr mit *Cuiac. Obs.* 5, 24., an welcher Stelle er sie zu lösen sucht, noch immer sagen: *quam nemo quod sciam dilucide adhuc exposuit.* Denn auch Cujacius sagt blos: *Igitur si duobus res sit obligata pro partibus, actione Serviana inter ipsos reddita, dimidia pars possessionis avocabitur, sed non (ut hanc persecutus speciem Ulpianus scripsit in d. l. ult.) interdicto Salviano, quoniam in interdicto Salviano de solida possessione agitur, non quaesito partium iure, cuius cum sit par causa, vincere possessor debet. In Serviana de iure quaeritur. Ius autem pignoris singulis pro parte competit. Hoc igitur iure probato, possessionis pars dimidia avocabitur. Sic fit, ut qui vincit in Salviano, non vincat in Serviana.*

Eine andere Erklärung der Stelle, welche neuerlich von Savigny geliefert hat, ist von ihrem Urheber selbst nur versuchsweise und gelegentlich aus einer Veranlassung, die erst bey Beantwortung der vierten Frage klar werden wird, hingestellt worden [48]). Sie beruht darauf, dass das Inter-

---

47) Ueber die Fassung der *intentio* der Pfandklage vgl. Dü Roi im Archiv für civilist. Prax. Bd. 6. S. 402. *Ribbentrop Comm. ad L.* 16. §. 5. *de pignor.* §. 4. *p.* 41 *seqq.* Keller Litis-Contestation und Urtheil S. 217. Not. 7. Darin hat Ribbentrop Recht, dass die Klage *in factum* concipirt gewesen, nicht wie Dü Roi will, aus dem Eigenthum des Verpfänders die Intention entnommen habe. Aber von Dü Roi's Meinung ist das wieder wahr, dass auf jenes Eigenthum, oder vielmehr das irgend welche Recht (*in bonis esse*) des Verpfänders mit Rücksicht genommen wurde. Vgl. die von Dü Roi citirten Stellen und *L.* 1. §. 5. *de migr.* Auf jenem Ausdruck *in bonis esse* beruhte es auch allein, dass die *hypothecaria actio* der *rei vindicatio* und *Publiciana in rem actio* zugleich entsprach. — Auf den Theil der Pfandformel, welcher die Satisfaction des Klägers betrifft, ist in dem obigen Beyspiel noch nicht Rücksicht genommen worden. Vgl. ausser den von Keller citirten Stellen besonders *L.* 1. *pr. de migrando.*

48) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 6. S. 268—270.

dict wesentlich auf Abmachung der Sache durch den prätorischen Befehl gerichtet gewesen wäre, die Ueberlieferung des Besitzes eines ideellen Theils aber leicht zu neuen Irrungen hätte Anlass geben können, um deren Möglichkeit willen man lieber das Interdict in diesem Falle überhaupt versagt habe. Allein wer sieht nicht, dass hiermit eine factische Schwierigkeit in der Ausführung als ein juristischer Grund für die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts geltend gemacht wird, wogegen die Römischen Juristen so ausdrücklich warnen? Auch leuchtet gar nicht ein, warum die Besitzüberlieferung einer *pars quota* besondere Irrungen hätte veranlassen sollen. Und endlich bezeugen unsere Quellen, dass *interdicta adipiscendae possessionis* an sich auch wegen einer *pars quota* statt finden [48*]).

3. Gegen wen geht das Salvianische Interdict?

Wie verschieden auch diese Frage beantwortet werde, ist bekannt. Ohne uns auch hier auf eine specielle literärhistorische Untersuchung einzulassen [49]), bemerken wir blos, dass alle jene verschiedenen Meinungen ihren Ursprung nicht etwa einer Anschauung dessen, was die Natur dieses Interdicts mit sich bringe, sondern dem Bestreben, scheinbar widerstreitende Stellen — nahmentlich *L.* 1. *pr.* u. §. 1. *h. t.* und *L.* 1. *C. de precar. et Salv.* — äusserlich zu vereinigen, verdanken und dass in neuster Zeit die Meinungen fast nur in die beyden Extreme getheilt waren, ob das Interdict blos gegen den Schuldner oder auch, wie die *Serviana actio*, gegen jeden Dritten angestellt werden könne [50]). Wir schla-

48*) *L.* 1. §. 6 *quod legator.*

49) Eine Aufzählung der verschiedenen Meinungen in ziemlicher Vollständigkeit hat geliefert Thibaut a. a. O. S. 136.

50) Für die Beschränkung auf den Schuldner sind Thibaut a. a. O. S. 142. und die daselbst Not. 3. genannten Madihn, Gesterding, Hufeland, Bucher, Seuffert, Konopack. Auch Mackeldey Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 325 *b.* achte Aufl. von Savigny Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 6. S. 269. Valett Pandekten-Recht Bd. 1. §. 380. Schweppe Röm. Privatr. Bd. 2. §. 358. vierte Aufl. (letztere beyde unbestimmt). Für die Ausdehnung auf jeden dritten Besitzer: Zimmern a. a. O. von Wening-Ingenheim

gen auch hier wieder einen entgegengesetzten Weg ein, erforschen zuerst, was in dieser Beziehung die oben entwickelte Natur dieses Interdicts ergebe und suchen dadurch eine sichere Grundlage für die Interpretation der zweifelhaften Stellen zu gewinnen.

Wir bemerkten oben, dass die Interdicte überhaupt nicht aus irgend einem Rechte — weder einem s. g. persönlichen noch einem dinglichen — auf Anerkennung desselben, sondern in factischen Zuständen auf eine der prätorischen Billigkeit entsprechende Regulirung derselben gerichtet seyen. Demnach kann man bey den Interdicten nicht so wie bey den *actiones in ius conceptae* aus der Natur des zum Grunde liegenden Rechts es herleiten, ob sie gegen jeden Besitzer oder nur gegen einen bestimmten Verpflichteten gerichtet sind. Vielmehr beantwortet sich bey ihnen die Frage, gegen wen sie angestellt werden können, durch den Umfang des factischen Verhältnisses, welches sie reguliren sollen und welches bey jedem Interdict aus der Natur des Falles besonders zu bestimmen ist. Da aber ein jedes *factum*, verglichen mit den s. g. persönlichen oder dinglichen Rechten, darin mit den letztern übereinstimmt, dass es ebenfalls etwas für den, der es geniesst, an sich Vorhandenes ist und nicht, wie die persönlichen Rechte, von der Leistung eines andern abhängt, so kann man allgemein alle Interdicte hinsichtlich ihres Grundes mit den *in rem actiones* zusammenstellen und sagen, dass sie eben so wie diese gegen den Beklagten nicht wegen einer Verpflichtung desselben, sondern wegen eines bey ihm sich findenden factischen Verhältnisses statt finden. Umgekehrt, wenn man nicht auf den Grund des Interdicts, sondern auf das, was das angestellte Interdict selbst ist, Rücksicht nimmt, so enthalten alle Interdicte eben so allgemein persönliche Rechte; denn sie sind ja Klagen und jede Klage besteht in einer Obligation des Beklagten gegen den Kläger. Daher und in diesem Sinne sagt Ulpian [51]): *Interdicta omnia, licet in*

---

gemeines Civilrecht Buch 2. §. 168. *Muehlenbruch Doctr. Pandect. Vol.* II. §. 427.

51) *L.* 1. §. 3. *de interd.*

*rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* Völlig unrichtig ist es also, wie auch Zimmern schon bemerkt hat [52]), wenn man mit Thibaut daraus, dass die Interdicte *vi ipsa* persönliche Rechtsmittel sind, etwas über den Umfang derselben folgern will. Vielmehr ist dieser, wie gesagt, bey jedem Interdict lediglich aus dem ihm zum Grunde liegenden factischen Verhältnisse, und dem Umfange, in welchem der Prätor es seiner Natur gemäss reguliren will, zu bestimmen.

Fragen wir nun nach diesem Umfange beym Salvianischen Interdict, so soll dieses wie wir oben sahen, dem Verpächter dieselbe factische Befugniss des Besitzes der *res coloni* gewähren, die er dem Pächter im Anfange des Contracts gelassen hat und die er in jedem andern Falle einer Verpfändung selbst sich hätte verschaffen können. Worin besteht diese aber? Offenbar in der Gewalt, den Besitz selbst haben und auf andere übertragen zu können. Demnach ist das factische Verhältniss, welches dieses Interdict begründet, der Besitz des Colonen, sammt allem aus demselben abgeleiteten Besitze und wir kommen auf das Resultat, dass der Beklagte in diesem Interdicte der besitzende Colone selbst und jeder Nachfolger in seinem Besitz ist. Dieses bestätigen denn auch nicht nur die Stellen, welche von dem Umfange unseres Interdicts in dieser Beziehung reden, sondern auch das, was wir von einem ganz ähnlichen Falle wissen. Um vom letzten zuerst zu sprechen, so sind wir unter den *interdicta adipiscendae possessionis* blos von einem zufällig dem unsrigen ganz ähnlichen genauer darüber unterrichtet, gegen wen es angestellt werden könne. Dieses ist das *interdictum Quod legatorum.* Wir nennen es dem unsrigen ganz ähnlich; denn ebenso wie das Salvianische Interdict dem Verpächter denjenigen Besitz verschaffen soll, den ihm der Pächter durch Behalten desselben gleichsam vorenthalten hat, so wird das *interdictum Quod legatorum* dem Erben dazu gegeben, damit er den Besitz der legirten Sachen, in dessen Fortsetzung vom Verstorbenen her ihm der Legator eigenmächtig zuvorgekommen ist und ihn so ebenfalls in dem Interesse, welches er als Erbe und Ausrichter der Legate an dem

52) Archiv für civil. Prax. Bd. 11. S. 348.

Besitze der legirten Sachen in der Regel haben wird, beeinträchtigt hat, auf sich übertrage. Von diesem Interdict sagt nun Ulpian[53]): *Illud tenendum, sive a te, sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto hoc locum fore. In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem his sit successum.* Analogisch müssen wir also auch vom Salvianischen Interdict behaupten, dass es nicht blos gegen den besitzenden Pächter, sondern auch gegen die, *qui in locum eius successerunt* versprochen worden sey.

Unter den von unserm Interdict sprechenden Zeugnissen bezeichnet schon die Institutionenstelle mit dem Ausdrucke: *eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is etc.* nicht undeutlich den oben behaupteten Umfang desselben. Denn dass der Beklagte gar nicht genannt wird, deutet auf das Dingliche des Rechtsmittels, der Zusatz *de rebus coloni* aber darauf hin, dass doch blos das vom Colonen ausgehende Besitzverhältniss von dem Interdicte ergriffen wird. Die Zuständigkeit des Interdicts gegen Dritte bezeugt auch Theophilus zu dieser Stelle; wenn er aber sich so ausdrückt: *Si vero (colonus) cessaverit in solvendo, adversus quemvis possidentem res coloni reddetur Salvianum interdictum.* so ist dieses zu unbestimmt geredet und auf die oben angegebene Weise zu beschränken. Endlich stimmt mit unserer Beantwortung dieser Frage auch Julian in *L.* 1. *pr.* und §. 1. *h. t.* überein, indem er das Interdict in der ersten Stelle gegen einen Käufer der verpfändeten *invecta et illata* und in der zweyten gegen einen Mitpfandgläubiger und gegen *extranei*, d. h. entweder den Pächter oder einen dritten statt finden lässt. Wie dieser dritte zum Besitz gekommen, wird zwar nicht gesagt, weil es dort nur darauf ankam, die Stattfindigkeit des Interdicts gegen Dritte überhaupt vorauszusetzen; aber wir können das Genauere aus den beyden speciellen Beyspielen des Käufers und Pfandgläubigers entnehmen, welche eine *successio in possessionem* mit sich bringen.

---

53) *L.* 1. §. 13. *quod legator.*

So bleibt denn nur noch die *L.* 1. *C. de precar. et Salv. interd.* übrig, aus der man wegen der Worte: *id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*, so oft hat herleiten wollen, dass wenigstens nach dem Codexrechte das Salvianische Interdict blos gegen den Pächter selbst statt finde. Dass nun diese Worte nach dem Zusammenhange der ganzen Stelle nicht den Zweck haben, den Beklagten in diesem Interdict zu bezeichnen, sondern vielmehr nur den Fall angeben sollen, in welchem dasselbe überhaupt mit dem Pfandrechte verbunden sey, ist schon oben ausführlich gezeigt und damit zugleich dargethan worden, warum diese Stelle nicht aus den übrigen, die von dem Beklagten dieses Interdicts ausdrücklich sprechen, derogirend betrachtet werden könne. Hier bleibt nur noch das zu erklären übrig, wie der Kaiser, ohne den Vorwurf eines ganz unrichtigen oder doch wenigstens höchst sonderbaren Ausdruckes zu verdienen, sich gerade jener Wendung habe bedienen können. Diese Erklärung würde nicht beygebracht werden können, wenn nach der entgegengesetzten Meinung einiger unter unseren Juristen das Interdict gegen jeden dritten Besitzer statt fände, und so dient diese Stelle noch immer zu einem unumstösslichen Beweise gegen diese Meinung. Nach unserer Meinung dagegen ergibt sich diese Erklärung fast von selbst. Denn wenn das Interdict eigentlich nicht auf Erlangung des Besitzes der *res coloni* überhaupt im Falle ihrer Verpfändung für die Pachtgelder gerichtet ist, sondern die Uebertragung des Colonenbesitzes dieser Sachen d. h. sowohl des bey ihm selbst noch befindlichen als von ihm auf Andere übergegangenen Besitzes auf den Verpächter bezweckt, so kann das wahre Wesen dieses Interdicts kaum passender bezeichnet werden, als durch den Ausdruck: *adversus colonum competit. Adversus colonum* heisst darin so viel als *adversus possessionem ipsius coloni vel a colono ad alium translatam*, (welcher Ausdruck nur deshalb nicht gebraucht werden konnte, weil wenn auch ein bey Jemandem eintretendes Factum der Grund einer Klage ist, doch nicht dieses Factum selbst sondern die Person belangt wird) und die Stelle gehört zu den vielen, in denen um der Kür-

ze willen und weil es auf eine grössere Genauigkeit in diesem Punct gerade nicht ankam, blos der Keim und Anfang eines Verhältnisses genannt wird, der dann dessen weitere Entwickelung stillschweigend in sich schliesst. So nannten die zwölf Tafeln bey Ertheilung der *legitima hereditas liberti* blos den Patron selbst und liessen dessen Stamm sich von selbst verstehn, so wird beym *interdictum de itinere privato* zwar blos Gebrauch des Klägers genannt, aber der seiner Vorgänger im Grundstück mitverstanden, so nennt man jederzeit nur den Erwerber eines Rechts selbst, schliesst aber stillschweigend auch seine Erben und übrige Successoren mit ein u. s. w.

Obgleich nun die ebengegebene Erklärung der *L.* 1. *C. cit.* so wie die ganze übrige Begründung unserer Meinung, so viel uns bekannt, noch von Niemandem versucht ist, so ist doch die Behauptung selbst, dass das Salvianische Interdict gegen den Colonen und jeden, welcher seinen Besitz von ihm ableite, gerichtet sey, keineswegs neu. Verschiedene Juristen abstrahirten sie aus den Beyspielen, welche in *L.* 1. *pr.* und §. 1. *h. t.* vorkommen, und suchten auf diese Weise den scheinbaren Widerspruch zwischen den Pandekten und dem Codex weniger grell zu machen [54]. Wenn aber ihre Stimme nicht durchdrang, sondern in neuern Zeiten fast ganz verscholl, so war dieses die nothwendige Folge der blos äusserlichen und zufälligen Art, mit welcher sie die Wahrheit weniger auffassten als auf sie verfielen und daher keinen rechten Gebrauch von ihr machen konnten. Auch ist ihre Darstellung darin ganz irrig, dass sie gegen den dritten Besitzer, welcher vom Colonen erworben hat, nur ein *utile interdictum* statt finden lassen und darauf *L.* 1. *pr. h. t.* beziehn.

---

54) Man vgl. *Donell. Comment. ad L.* 1. *C. de precar. et Salv. interd. Bachov. de pignor. et hypoth.* 3, 20. §. 2. und *ad Treutleri disputat.* 25. *litt. E. F.* *Greve Exerc. ad Pand.* 25, 1. *A. Faber Error. pragm. Dec.* 58. *err.* 3. Westphal Pfandrecht §. 284. und die bey *Mueller Promptuar. iur. nov. v. Salvianum interdictum num.* 1. citirten Autoren. — Sonderbarer Weise hat Thibaut in seiner Aufzählung der verschiedenen Meinungen gerade diese einiger Maassen richtige nicht genannt.

Es ist jetzt noch übrig, den Satz, dass auch der Nachfolger des Colonen im Besitze belangt werden könne, etwas näher zu bestimmen. Dass darunter nicht blos der nächste, sondern auch die folgenden zu verstehn seyen, ist an sich klar. Haftet aber auch der, welcher nicht durch Vertrag oder etwas dem Aehnliches, sondern durch Delict den Besitz vom Colonen erwarb? Eine *successio in rem* ist dieses eigentlich nicht. Dennoch müssen wir nach dem Grunde, auf dem die Erstreckung des Interdicts auf den *successor* beruht, wohl behaupten, dass wenigstens in so weit, als der Colone selbst den Besitz der Sache von dem vitios Besitzenden durch ein Interdict hätte wiedererlangen können, auch dem Verpächter das *Salvianum interdictum* gegen ihn zusteht. Denn da durch dieses Interdict eigentlich die Besitzrechte des Colonen auf den Verpächter übertragen werden sollen und diese nicht blos darin, dass man selbst im Besitze ist und sich erhält, oder ihn auf Andere überträgt, sondern auch darin, dass man den verlohrenen Besitz wiedereinklagen kann, bestehn, so muss auch dieses Wiedereinklagungsrecht in den Umfang des Salvianischen Interdicts gezogen werden. Demnach würde also der Verpächter auch gegen den klagen können, gegen welchen der Colone das *interdictum de precario* hat und gegen den, welcher mit dem Interdicte *utrubi* gezwungen werden könnte, dem Colonen den Besitz ungestört zu lassen. Das Interdict müsste aber in beyden Fällen besonders zugerichtet werden (*interdictum Salvianum utile*), weil der Prätor in seinem Edict ohne Zweifel blos gesagt hatte: *ab eo, in cuius locum successisti* und diese Worte, wie bemerkt, hieher nicht passten. So würden also als Fälle, in denen das Salvianische Interdict gegen Dritte nicht angestellt werden könnte, übrig bleiben, wenn der Colone oder sein Nachfolger durch Dereliction oder sonst nicht durch andere Menschen den Besitz verlohren hätten, oder zwar durch Gewalt oder heimlich, aber so, dass das *interdictum utrubi* nicht statt fände, oder auch wenn der vitios Besitzende ohne die Absicht, sich der Klage zu entziehn, weiter veräussert hätte. Denn dass ausserdem dieses Interdict eben so wie die übrigen auch gegen

den, *qui dolo fecit*, *ut desineret possidere*, gegeben worden sey, erleidet keinen Zweifel.

### 4. Was wird durch dieses Interdict erreicht?

Die nächste Antwort auf diese Frage ist sehr leicht und unbestritten: Unser Interdict geht auf Erlangung des Besitzes, daher ist das *arbitrium iudicis restituere iubentis* und wenn nicht restituirt wird, die Condemnation auf das Interesse ganz ähnlich zu bestimmen, wie in andern restitutorischen Interdicten. Dagegen möchten sich sogleich Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheit erheben, wenn wir nach dem Grunde fragten, aus dem der Richter den Besitz zuspricht und — was damit sehr genau zusammenhängt — nach dem Verhältnisse, in welchem das Salvianische Interdict zu der Servianischen Klage steht. Denn abgesehn von den frühern völlig irrigen Meinungen ist bekanntlich in neusten Zeiten sehr lebhaft darüber gestritten worden, ob, wenn in demselben Falle ein *interdictum adipiscendae possessionis* und eine *in rem actio* zum Besitz einer Sache verhelfen, — wie dieses nahmentlich mit dem *interdictum Quorum bonorum* und der *possessoria hereditatis petitio* und mit dem *interdictum Salvianum* und der *Serviana actio* der Fall ist — in beyden eigentlich über dasselbe Object nur in verschiedener Processform gestritten werde, oder ob beyde auch materiell in ihrem Object wesentlich verschieden seyen und nur äusserlich auf dasselbe Resultat hinausführen [55]. Obgleich die richtige Meinung unserer Ueberzeugung nach schon von Zimmern [56] angedeutet worden ist, wird es doch nicht überflüssig seyn, mit specieller Beziehung auf unser Interdict die Sache noch einmal gründlich zu erörtern.

Der Zweck der Interdicte ist, wie wir oben sahen, factische Zustände in solchen Fällen, die der Prätor seiner Intervention für würdig hält, zu reguliren; der Zweck der Actionen, Rechte, welche nicht anerkannt werden, durchzusetzen.

---

55) Vgl. die Litteratur bey Zimmern Geschichte des Röm. Civilproc. §. 71. Not. 19 u. 20.
56) In der eben angeführten Note 20.

Beyde kommen darin überein, dass sie dem Kläger einen Genuss durch richterliche Hülfe verschaffen, den er wider Recht oder Billigkeit entbehrte. Beyde unterscheiden sich darin, dass die richterliche Hülfe bey den Interdicten aus dem Gesichtspunct der unmittelbaren Anordnung des Factischen (*Praetor aliquid fieri iubet aut prohibet, et postea apud iudicem quaeritur an aliquid adversus Praetoris interdictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit*), bey den Klagen aus dem Gesichtspunct eines anzuerkennenden Rechts (*iudex* [*i. e. qui ius dicet*] *statim datur*) gewährt wird. Sehr voreilig aber würde es seyn, wenn man hieraus schliessen wollte, dass die Voraussetzungen, unter welchen Interdicte oder unmittelbar factische Hülfe gewährt wird, durchaus etwas Factisches und umgekehrt die Voraussetzungen einer zu ertheilenden Klage oder eines Rechtsmittels zur Anerkennung eines Rechts nothwendig ein vorhandenes Recht seyn müssten. Vielmehr können die Interdicte eben so wohl wegen vorhandener Rechte, die dann auch als eine factische Voraussetzung betrachtet werden, wie die Klagen wegen eines als Recht geltenden Factums gegeben werden, und ob der Prätor zu diesem oder jenem Interdict ein Rechtsverhältniss verlangt oder nicht, richtet sich blos nach der Natur des Falles und der Billigkeit des zu ertheilenden Schutzes. So ist es z. B. bekannt, dass alle *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* blos wegen eines gewissen factischen Verhältnisses statt finden und nach ihrem Beyspiel auch das *interdictum de itinere actuque privato;* dagegen das sehr verwandte *interdictum de itinere reficiendo* begnügt sich nicht mit factischen Erfordernissen, sondern setzt ausserdem auch ein *ius eundi* für den, der sich desselben bedienen will, voraus; denn der Prätor hielt es für billig, dass ein factischer Schutz, der nicht blos die einstweilige Fortsetzung schon gewohnter Handlungen, sondern die Umgestaltung der Oberfläche auf fremdem Boden gewährte, nur einem wirklich dazu Berechtigten ertheilt würde [57]). Und so wird man überhaupt finden, dass wenn die Interdictenhülfe dem Klä-

57) *L.* 3. §§. 11—13. *de itinere actuque priv.*

ger nicht blos den alten factischen Zustand erhalten oder wiederherstellen, sondern einen neuen zuwenden soll, der Prätor in der Regel ein Recht oder was er einem Rechte gleichsetzt, erfordert. Dahin gehören nun nahmentlich die *interdicta adipiscendae possessionis* [58]). Das *interdictum Quod legatorum* hat nur ein wahrer Erbe, oder wer *heredis loco* ist und es unterscheidet sich von der *hereditatis petitio* blos durch den Grund, aus welchem der Beklagte besitzt [59]). Das *interdictum sectorium* setzt ebenfalls voraus, dass der, welcher es anstellen will, wahrer Staatsgüterkäufer sey, auf welchen das Eigenthum der körperlichen Sachen durch den Zuschlag *ipso iure* übergeht. Das *interdictum Quorum bonorum* und *possessorium* beruhen zwar nicht auf civilem, aber doch auf prätorischem Rechte, indem der *bonorum possessor* und *bonorum emptor* wirklich durch die Auctorität des Prätors Successoren des Verstorbenen oder des *defraudator* geworden seyn und damit das prätorische Eigenthum (*in bonis esse*) an allen körperlichen Sachen derselben erlangt haben müssen. Und so denn endlich auch

58) Ausserdem auch mehre exhibitorische und prohibitorische Interdicte, z. B. *de liberto exhibendo*, *de liberis exhibendis*, welche *ius patronatus* oder *patria potestas* voraussetzen, *de libero homine exhibendo*, in welchem der Mensch, für den man auftritt, frey seyn muss; *de locis sacris*, *publicis*, wo die Oerter diese rechtliche Qualität haben müssen. — Ueberhaupt scheint folgende Stelle weiter nichts als das oben Behauptete sagen zu wollen, dass nähmlich manche Interdicte nicht blos wegen factischer Zustände, sondern wirklich zum Schutz von Rechten gegeben werden. *Paull. L. 2. §. 2. D. de interdict. Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato. nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent.* [Nicht wirklich, weil diese Oerter eigentlich in Niemandes Eigenthum sind.] *Item illa de liberis exhibendis, quae iuris* [d. h. persönlichen Rechts] *tuendi causa diximus competere: ut non sit mirum, si quae interdicta ad rem familiarem pertinent* [lies entweder mit Haloander *pertinentia* oder: *si quae interdicta quae*] *proprietatis non possessionis causam habent.* Unserer Erklärung könnte höchstens die Erwähnung des *interd. de itinere actuque privato* entgegenzustehn scheinen, weil dieses kein Recht voraussetzt. Indessen kann man dazu eben sowohl *reficiendo* als *utendo* suppliren und im ersten Falle ist das Interdict wirklich ein solches, welches *proprietatis causam continet.* — Uebrigens ist diese schon in der Glosse vorkommende Erklärung unserer Stelle, so viel ich jetzt einsehe, die einzig mögliche.

59) *L.* 1. §§. 3. u. 4. *Quod legator.*

mit dem Salvianischen Interdict, das, wie wir gesehen haben, ebenfalls ein wirkliches Pfandrecht des Interdicenten an den Sachen des Colonen voraussetzt [60]).

Hiernach ist es offenbar, dass in allen diesen auf ein Recht gegründeten Interdicten auch über ein Recht gestritten werde. Denn nur unter Voraussetzung des Rechts befiehlt der Prätor etwas zu thun oder zu unterlassen, und nur wenn gegen sein Edict nicht exhibirt, restituirt, oder Gewalt geschehn ist, d. h. nur wenn der Kläger das im Edict vorausgesetzte Recht hatte und doch in dessen Genuss nicht eingesetzt oder in demselben behindert wurde, condemnirt der für die *actio ex interdicto* gegebene Richter. Wenn nun aus demselben Rechte, welches mit zu den Voraussetzungen eines Interdicts gehörte, auch eine Klage später gegeben wurde, oder — wie das mit der *confessoria actio* im Verhältniss zu dem *interdictum de itinere reficiendo* der Fall war — schon seit uralten Zeiten statt gefunden hatte, so betrafen doch augenscheinlich beyde Rechtsmittel, so viel das Erforderniss des Rechts anbelangt, einen und denselben Gegenstand. Der Unterschied lag rein nur in dem verschiedenen Standpunct, von welchem aus im Interdicten- und Actionenverfahren das Recht betrachtet wurde; im Falle der *actio* wurde unmittelbar das Recht geltend gemacht und in Folge davon mittelbar der ihm widersprechende factische Zustand abgeändert, im Falle des Interdicts dagegen zwar unmittelbar der factische Zustand abgeändert, aber doch so, dass dieses mittelbar nicht anders geschehn sollte als wenn das Recht vorhanden wäre. In dem einen wie in dem andern Falle musste also über das Recht erkannt werden und

60) Eine Ausnahme macht das *interdictum*, *Quo itinere venditor usus est*, *quo minus emtor utatur*, *vim fieri veto*, welches *adipiscendae possessionis* ist und doch auf keinem Rechte beruht. Aber diese Ausnahme versteht sich auch von selbst, weil dieses Interdict eigentlich im Nahmen des Grundstücks zusteht und gleichsam nur zufällig *adipiscendae possessionis* ist; denn übrigens kommt es ganz mit dem gewöhnlichen *interd. de itinere privato* überein. Vgl. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen §. 28. und Kritische Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. 2. S. 362. von Savigny Besitz, fünfte Aufl., S. 541. Zimmern Geschichte des Röm. Civilproc. §. 73. S. 230.

die Rechtskraft, mit der dieses geschah, war in beyden Fällen eben so gleich, wie 3+2 und 2+3 gleicherweise 5 ausmachen. Recht lebendig tritt dieses Verhältniss von *actio* und *interdictum* vor Augen, wenn man die Formeln beyder mit einander vergleicht. Die *actio confessoria* heisst: *Si paret, actori ius esse eundi agendi iterque reficiendi, nisi restituat reus, iudex reum actori condemna.* Da wird also von vornherein Alles auf das Recht gestellt und nur in Folge der Anerkennung desselben die Condemnation verfügt. Das *interdictum de itinere reficiendo: Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab altero usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto;* d. h. hier wird mit dem Verboth der Gewaltthätigkeiten begonnen und nur beyläufig das Vorhandenseyn des Rechts als Bedingung des Verboths eingefügt.

Jetzt werden wir nun wohl ohne Furcht missverstanden zu werden, den Gegenstand unseres Interdicts und sein Verhältniss zur *Serviana actio* so bezeichnen können: es wird allerdings nicht auf Anerkennung des Pfandrechts, sondern auf Herausgabe des Besitzes der Pfandsache angestellt — während die *Serviana actio* auf Anerkennung des Pfandrechts und in Folge davon auf Restitution des Besitzes geht; indem aber jene Herausgabe nur erreicht wird, wenn ein wirkliches Pfandrecht vorhanden ist, liegt doch in dem Interdict zugleich ein Streit und ein Erkenntniss über das Pfandrecht und beyde Rechtsmittel treffen materiell in diesem Gegenstande zusammen. Dagegen hat das Interdict ausserdem noch einen Gegenstand mehr, indem es *explicite* ein bestimmtes factisches Verhältniss verlangt — *res coloni* auf dem gepachteten Grundstück, die er selbst oder ein anderer von ihm besitzt und die der Kläger noch nicht *pignoris nomine* besessen hat — welches bey der *Serviana actio*, wenigstens materiell, ganz zurücktritt. Auch ist dieses Mehr von Erfordernissen ganz natürlich, da das Interdict ein schneller oder vortheilhafter zum Ziele führendes Rechtsmittel ist, welches daher auch nur unter besondern Voraussetzungen dem Berechtigten zustehn kann.

Aus dieser Bedeutung unseres Interdicts ergibt sich nun zuerst, dass es keineswegs so wie die Praxis es gewöhnlich genommen hat, als ein vorläufiges Rechtsmittel (*possessorium*) vor der über das Recht definitiv entscheidenden Servianischen Klage (*petitorium*) angestellt werden kann — eine Ansicht, die auf einer falschen Verallgemeinerung der Bedeutung derjenigen Interdicte, welche blos factische Verhältnisse zu ihren Voraussetzungen haben, beruht. Sondern das eine wie das andere Rechtsmittel entscheidet definitiv und würde nach Aburtheilung der Sache im Wege des Interdicts noch die Klage angestellt, so würde die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehn [61]). Die Wahrheit dieser Behauptung wird nicht nur durch die Natur der *exceptio rei iudicatae*, sondern auch durch ausdrückliche Stellen bewiesen. Was die erstere betrifft, so scheint von Löhr [62]), der in neuster Zeit die entgegengesetzte Ansicht am nachdrücklichsten vertheidigt hat, darin zu irren, dass er die *exceptio rei iudicatae* aus dem Interdict gegen die *actio* deshalb nicht anerkennen will, weil das Interdict unmittelbar nicht auf das Recht, sondern auf das Factische gerichtet ist. Denn es wird bey dieser Einrede keineswegs erfordert, dass die Sache, welche in dem neuen Process vorgebracht wird, unmittelbarer Gegenstand des frühern Processes gewesen sey, sondern nur, dass in dem frühern Processe ein Urtheil gesprochen wurde, welches auf das erkannte Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn desselben Rechts, aus dem — mittelbar oder unmittelbar — jetzt geklagt wird, sich stützte [63]). In diesem Sinne ist aber offenbar *eadem res iudicata* vorhanden, wenn Jemand mit einem Interdict gesiegt hat oder abgewiesen ist, welches auf demselben Rech-

---

61) Umgekehrt versteht es sich von selbst, dass auch, wenn wegen des Rechts zuerst *in rem* geklagt und die Klage abgewiesen war und nun interdicirt wird, dem Interdict eine *exc. rei iudicatae* entgegensteht. *L.* 1. §. 4. *de liber. exhib.*

62) Archiv für civilist. Prax. Bd. 12. S. 102 flg.

63) Ich verweise um der Kürze willen auf Keller über Litis Contestation und Urtheil §. 34. wo man nicht nur die hiehergehörigen Stellen, sondern auch die Ausführung der Principien, auf denen sie beruhen, findet.

te beruhte, aus dem er jetzt klagt. Ausdrückliche Stellen, welche dieses bestätigen, sind ausser der *L.* 2. §. 2. *de interd.*, nach welcher unsere Interdicte *proprietatis non possessionis causam continent*, besonders folgende: Von dem *interdictum de aqua ex castello ducenda*, welches eben so wie das *Salvianum* Pfandrecht, ein Recht zu der Wasserleitung voraussetzt, wenn der Kläger geschützt seyn will, sagt Ulpian *L.* 1. §. 45. *de aqua quotid. Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis. non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur* (wahrscheinlich: *interdicto ius totum f.*). Diese Stelle ist so deutlich, dass jede Bemerkung über ihre Beweiskraft für unsere Meinung überflüssig seyn würde. Von dem *interdictum de itinere actuque reficiendo* sagt Ulpian *L.* 3. §. 13. *de itin. actuque priv. Hoc autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et ius sibi esse reficiendi oporteat* (*Vulg. doceat*). *Ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitutem competere. Caeterum si desiit alterutrum, deficit interdictum: nec immerito. qui enim vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem.* Indem hier dieses Interdict in seinem Erfolge dem *interdictum de itinere actuque utendo* entgegengesetzt und von letzterm bemerkt wird, dass es blos einen interimistischen Zustand bewirke, bis in der *actio confessoria* oder *negatoria* über das Recht entschieden wird, während hier die Entscheidung über das Recht sogleich in dem Interdictsprocesse erfolge, gibt der Jurist ebenfalls auf das deutlichste zu erkennen, dass das Resultat dieses Interdicts kein interimistisches, sondern ein definitives sey, und dass daher eine später ge-

gen denselben Beklagten angestellte *in rem actio* mit der *exceptio rei iudicatae* zurückgewiesen werden würde. — Endlich von dem *interdictum de libero homine exhibendo*, von dem Ulpian im Anfange bemerkt hat, dass es *tuendae libertatis causa* angestellt werde [64]), heisst es nachher *L.* 3. §. 7. *eod.: Plane si dubitat, utrum liber an servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis. etenim recte placuit, tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est. Caeterum si quaeratur de statu, non oportet praeiudicium fieri alienae cognitioni.* Hier sehn wir die Furcht ausgesprochen, dass wenn in diesem Interdict darüber erkannt würde, ob der Mensch, wegen dessen interdicirt wird, frey sey oder nicht, damit der nachher über diese Frage unmittelbar anzustellenden *liberalis causa* Eintrag geschehe, d. h. eine *exceptio rei iudicatae* gegen dieselbe herbeygeführt werden würde. Dieses soll aber deshalb nicht geschehn, weil die Frage über Freyheit oder Unfreyheit eine viel zu wichtige ist, als dass darüber in dem schnellen Interdictsverfahren erkannt werden dürfte [65]). Bey vermögensrechtlichen Gegenständen also würde diese Betrachtung wegfallen und das Erkenntniss über das Recht, welches hier im Interdict zulässig ist, der nachherigen Klage präjudiciren.

Um speciell für die *interdicta adipiscendae possessionis* im Verhältniss zu der *in rem actio* das Gegentheil zu beweisen, beruft sich von Löhr auf eine andere Stelle, *L.* 14. §. 3. *de re iudic.* wo Paulus sagt: *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.* Denn, meint er, die Worte *interdicto egerit de possessione* mit von Savigny auf die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* zu beschränken, sey durchaus kein Grund vorhanden. Aber nicht nur berechtigt uns zu dieser Beschränkung der Umstand, dass wenn von Besitzesklagen neben Eigenthumsklagen die Rede ist, in der Regel

64) *L.* 1. §. 1. *de homine lib. exhib.* *L.* 2. §§. 1 u. 2. *de interd.*
65) Vgl. *L.* Huschke *Analect. litterar. p.* 231.

die s. g. eigentlichen Besitzesklagen verstanden werden, welche die Vindicationen vorbereiten [66]), sondern wir werden selbt dazu genöthigt, weil sonst Paulus in den Schlussworten *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur* mit sich selbst in Widerspruch gesetzt werden würde, da er *L.* 2. §. 2. *de interd.* von den auf einem Rechte beruhenden Interdicten, zu denen auch die *interdicta adipiscendae possessionis* gehören, umgekehrt sagt: *proprietatis non possessionis causam habent.* — Eine speciell ein *interdictum adipiscendae possessiònis* betreffende und unsere Meinung wenigstens in Beyhalt der übrigen angeführten Zeugnisse durchaus bestätigende Stelle ist dagegen *L.* 1. *C. quor. bon. Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti: tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.* Denn indem hier *hereditatis petitio* und *interdictum Quorum bonorum* hinsichtlich des Beweissatzes völlig gleichgestellt werden, beweist die Stelle, dass wirklich *eadem quaestio* in beyden verhandelt wird und daher die eine der andern präjudicirt [67]).

Wenn wir aber behauptet haben, dass nach verhandeltem *interdictum Salvianum* der *Serviana actio* die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehn werde, so ist dieses immer so zu verstehn, dass auch wirklich über das Pfandrecht in dem Interdictsprocesse gesprochen seyn muss. Wäre das Pfandrecht gar nicht zur Sprache gekommen, sondern man hätte es stillschweigend vorausgesetzt, und der Beklagte hätte sich auf einen anderen Umstand bezogen, welcher das Interdict ausschlösse, z. B. dass die Sache gar nicht auf das Grundstück gekommen oder dass der Kläger den Besitz der Sache schon gehabt habe, so würde der Verpäch-

66) Vgl. von Savigny Recht des Besitzes §. 36.

67) Vgl. die vollkommen genügende Erklärung dieser Stelle von Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. B. 6. S. 260.

ter, obgleich in dem Interdictsprocesse abgewiesen, doch mit der *Serviana actio* ohne Gefahr einer *exceptio* durchdringen können. Die Wahrheit dieser Behauptung ergibt sich auch wieder aus der Natur der *exceptio rei iudicatae*, welche bey *actiones in rem* oder *in factum conceptae* nicht schon deshalb zusteht, weil diese Klagen überhaupt angestellt und abgeurtheilt sind und das intendirte Recht in ihnen hätte zur Untersuchung kommen können, sondern weil die Aburtheilung aus dem Grunde des nicht vorhandenen Rechts statt gefunden hat. So behaupten die Römischen Juristen, dass wenn Jemand die *rei vindicatio* angestellt hat und der Beklagte blos deswegen, weil er nicht besass, absolvirt worden ist, einer nochmaligen Vindication gegen denselben Beklagten, der inzwischen Besitzer geworden ist, nichts im Wege stehe; und so in ähnlichen Fällen [68]). Ebenso würden wir also auch annehmen müssen, dass wenn im *interdictum de itinere privato reficiendo* der Kläger blos deshalb abgewiesen wäre, weil er den dreyssigmaligen Gebrauch im letzten Jahre nicht hätte erweisen können, seiner nachmaligen *servitutis petitio* wegen derselben Sache keine *exceptio rei iudicatae* entgegenstehn würde. Wir haben aber für diese Behauptung, insofern sie die Interdicte betrifft, auch noch einen speciellen Beweis, zuerst in der oben erklärten *L.* 3. §. 7. *de homine lib. exhib.* Denn indem diese Stelle das *interdictum de homine libero exhibendo* aus Besorgniss, der *liberalis causa* zu präjudiciren, nur dann ausschliesst, wenn die Freyheit des Menschen bestritten wird, im entgegengesetzten Falle aber es zulässt, geht sie offenbar von der Voraussetzung aus, dass wenn in dem Interdicte nicht ausdrücklich über die Freyheit erkannt werde, der Ausgang des Interdicts auf die nachfolgende *liberalis causa* ohne Einfluss sey. Ausserdem wird dasselbe bestätigt durch die in anderer Hinsicht auch schon erklärte *L.* 2. *de Salv. interd.*, eine Stelle, welche auch aus dem Grunde für unsere Untersuchung besonders wichtig ist, weil die Ver-

---

68) *L.* 9. *pr.* *L.* 17 u. 18 *de exc. rei iudic.* *L.* 8. *pr. ratam rem.* Keller über Litis Contestation und Urtheil. §. 36.

theidiger der rein interimistischen Natur sowohl unseres Interdicts als aller Interdicte überhaupt sich ihrer als eines Hauptbeweismittels für ihre Ansicht bedient haben. Wir setzen die Worte der Stelle noch einmal her:

*In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium.*

Offenbar liegt hier ein Fall vor, sagen Thibaut und von Löhr [69]), in welchem zuerst das Salvianische Interdict angestellt und der Kläger mit diesem abgewiesen wurde, und wo nun dennoch hinterdrein die Servianische Klage noch zugelassen wird, um das *in petitorio* zu erreichen, was *in possessorio* nicht zu erreichen gestanden hatte, zum augenscheinlichsten Beweise, dass beyde Rechtsmittel ganz verschiedene Gegenstände haben und die Aburtheilung des Interdicts für die *in rem actio* keine *rei iudicatae exceptio* bewirkt. — Nehmen wir aber hier die oben von dieser Stelle gegebene Erklärung zu Hülfe, so hört jene nicht blos auf eine Waffe in den Händen der Gegner zu seyn, sondern dient auch zur Bestätigung dessen, weshalb wir uns hier auf sie berufen haben. Wir sahen nähmlich, dass der Grund, weshalb der Verpächter in diesem Falle mit dem Salvianischen Interdicte nicht durchdringt, lediglich darin liegt, dass die zu diesem Interdicte zugleich erforderliche factische Obligation der Sache nicht *pro parte* eintreten kann. Weit entfernt also, dass die abweisende Sentenz des *iudex ex interdicto* ausspräche, der Kläger habe gar kein Pfandrecht an der Sache, gründet sie sich vielmehr darauf, dass er nur an einem Theile derselben, oder noch genauer, dass er nicht an der ganzen Sache Pfandrecht nachgewiesen habe, lässt mithin den Umstand, auf den es in der Servianischen Klage allein ankommt, ob dem Kläger an einem gewissen Theile der Sache Pfandrecht zustehe oder nicht, durchaus unberührt und präjudicirt dieser nicht. Auf diese Weise erhellt, dass die Stelle nicht für Thibaut und von

69) Jener im Archiv für civilist. Prax. Bd. 10. S. 470 flg. dieser ebendaselbst Bd. 12. S. 92 flg.

Löhr beweise — denn sollte sie das, so müsste unsere Erklärung widerlegt und eine andere geliefert werden, derzufolge auf den Umstand ob die Sache nur *pro parte* oder ganz verpfändet sey, nichts ankäme, was aber nach den Voraussetzungen der Stelle selbst unmöglich ist — und dass in solchen Fällen, wo in dem Interdict nicht über die Zuständigkeit des Rechts erkannt worden ist, der abgewiesene Kläger die petitorische Klage mit Erfolg noch anstellen kann. Das Verhältniss des Interdicts zur *in rem actio* wird dann auch bey den auf einem Rechte beruhenden Interdicten demjenigen ganz gleich, welches zwischen dem *interdictum Uti possidetis* oder *de vi* und der *rei vindicatio* statt findet.

Eine andere Folgerung, welche wir aus der dargethanen rechtlichen Natur unseres Interdicts ziehen können, ist die, dass dieselben Gründe, welche die *Serviana actio* ausschliessen, und zwar sowohl nach der ursprünglichen Fassung der Klage als vermöge besonderer Exceptionen, in der Regel auch auf das Salvianische Interdict Anwendung finden. Denn diese Ausschliessungsgründe beziehn sich sämmtlich auf das Recht des Pfandgläubigers, dessen Durchsetzung in einem bestimmten Falle unbillig ist; auf dieses Recht aber gründet sich ebensowohl das *interdictum Salvianum* wie die *Serviana actio*. So ist auch dieses ohne Zweifel an die Bedingung geknüpft: *nisi mercedes solutae sunt, eove nomine satisfactum est aut per locatorem stat, quo minus satisfiat* [70]) und es kann jeder Beklagte dadurch der Restitution ausweichen, dass er den Kläger befriedigt. Ebenso kann der Besitzer excipiren, dass ihm selbst ein gleich gutes oder ein besseres Recht als das des Verpfänders, oder dass ihm ein gleich gutes oder besseres Pfandrecht als dem Kläger an der Sache zustehe, wofür uns in *L.* 1. §. 1. *h. t.* vgl. mit *L.* 10. *de pignor.* ein ausdrückliches Zeugniss aufbewahrt ist. Nicht minder sind sämmtliche Excussionseinreden gegen das Interdict zuzulassen, weil sie ebenfalls

---

70) *L.* 1. *C. si pign. convent. L. pen.* §. 1. *in fin. de except. rei iudic. L.* 13. §. 1. *ad SC. Vellei. L.* 13. §. 4. *de pignor. et hyp. L.* 19. *C. de usur. L.* 1. *pr. de migr.*

auf der Natur des Pfandrechts überhaupt und auf der Billigkeit beruhn, dass das Pfandrecht an der Sache nicht eher gegen einen dritten Besitzer geltend gemacht werden soll, als der Anspruch gegen den Schuldner, oder das generelle Pfandrecht nicht eher als das specielle. Endlich ist es auch nicht zu bezweifeln, dass dieselben Grundsätze, welche über die Verjährung der hypothekarischen Klage gelten, auf das Interdict zu beziehn sind. Denn ursprünglich ist auch dieses, als reipersecutorisches Rechtsmittel, immerwährend und die Verjährung, welche Justinian eingeführt hat, sollte aller Beunruhigung der Besitzer wegen Pfandrechts ein Ende machen. — Die gewöhnliche Meinung der Praxis also, dass bey unserm Interdicte alle *exceptiones altioris indaginis* ausgeschlossen wären, ist ganz allgemein zu verwerfen[71]).

Was endlich den Umfang der Restitution betrifft, so kommt auch darin unser Interdict mit der *Serviana actio* vollkommen überein, nur dass die Früchte nach der gewöhnlichen Natur der Interdicte erst *a tempore interdicti editi*, also jetzt der eingereichten Klageschrift, in Betracht kommen[72]).

---

Am Ende unserer Untersuchung angelangt, erlauben wir uns noch zwey Zugaben.

Zuerst wollen wir es versuchen, die Formel des prätorischen Edicts, in welcher unser Interdict ausgesprochen zu werden pflegte, wiederherzustellen. Es geschieht dieses nicht aus blossem Interesse für alterthümliche Formen, sondern weil die erlangte Fähigkeit, die Klagformel in irgend einem Rechtsverhältnisse zu restituiren, für den besten Prüfstein gelten kann, ob die Untersuchung des Materiellen auch

71) Wie schwankend aber auch hierin die Meinungen gewesen, darüber vgl. man z. B. *Lauterbachii Compend. iur. cum not. varior. ed. Mollenbeck* XLIII, 33 *in fin. p.* 1421. *Stryck Usus modern. Pand.* XLIII, 33. §. 3.

72) *L.* 3. *de interd.* Ueber den Grund Zimmerns Geschichte des Röm. Civilproc. §. 73. S. 226.

wirklich die Wahrheit in allen Theilen getroffen hat. Denn ist dieses der Fall, so ist man nothwendig auf einen solchen Standpunct gelangt, dass das innere Leben eines Rechtsverhältnisses nur das ihm passende Kleid umzuwerfen braucht, um die richtige Formel zum Vorschein zu bringen. Macht aber die Conception der Formel noch Schwierigkeit oder erklären sich aus der gefundenen nicht alle Eigenthümlichkeiten, welche unsere Quellen von dem Rechtsmittel berichten, so liegt darin umgekehrt der Beweis, dass man das alte Leben noch nicht vollständig in der Erkenntniss reproducirt hat. Wie ich nun glaube, lautete das *interdictum Salvianum* vollständig so:

> ***Quae in fundum, de quo agitur, abs te vel eo, in cuius locum successisti*** [73]***, inducta, invecta, importata, ibi nata paratave sunt*** [74]***, de quibus inter eum, cuius in bonis essent*** [75]***, et actorem convenit, ut actori pro mercedibus eius fundi pignori essent*** [76]***, quod de his rebus possides, dolove fecisti, quo minus possideres*** [77]***, nisi eae mercedes solutae sunt, eove nomine satisfactum est, aut per actorem stat, quo minus solvatur*** [78]***, id illi restituas.***

Da die vorstehende Abhandlung den vollständigsten Commentar zu den einzelnen Theilen dieses Formulars enthält, so mag es hier hinreichen, die Stellen angezeigt zu haben, auf denen die Restitution beruht.

Ein zweiter Zusatz betrifft das Verhältniss der wahren Bedeutung unseres Interdicts zu der in der Praxis gewöhnlich

---

73) *L.* 1. §. 13. *Quod legator.* und oben S. 380. Dass die Worte in des Prätors Edict selbst standen und nicht auf Interpretation beruhten, kann man auch aus der Vergleichung von *L.* 1. §. 10. *eod.* schliessen, welche Interpretation enthält.

74) *L.* 32. *de pignor. et hypoth.* und oben S. 367.

75) *L.* 1. §. 5. *de migr.* diese Stelle enthält eine offenbare Beziehung auf unser Interdict. Ausserdem *L.* 3. *pr. L.* 15. §. 1. *de pignor. et hypoth. L.* 23 *de probatt. L.* 6. *C. si aliena res pign.* Oben S. 364 flg.

76) *Gai.* 4, 147. §. 3. *I. de interd.* Oben S. 366.

77) *L.* 2. *pr. de precar. L.* 1. *pr. de liber. exhib. etc.* Oben S. 384.

78) *L.* 1. *pr. de migr.* und oben S. 396.

angenommenen. In gar vielen Stücken haben wir beyde abweichend gefunden, und obgleich in manchen derselben die Praktiker selbst noch sehr verschiedener Meinung untereinander waren, so möchten sich doch zwey Puncte als ziemlich feststehend betrachten lassen, dass das Interdict bey jedem Pfandrecht statt finde und dass es im summarischen Processe zu verhandeln sey, mit Einem Worte, dass es der hypothekarischen Klage oder dem *petitorium* ebenso als *possessorium* gegenüberstehe, wie das *interdictum Uti possidetis* der *rei vindicatio.* Sollen wir nun aus Macht einer gewonnenen bessern Erkenntniss diese durch viele Jahrhunderte hindurch befolgte Ansicht wieder umstossen? Oder müssen wir in ihr ein durch langjährige Gewohnheit befestigtes Recht anerkennen, zu dessen Aufhebung die Doctrin allein sich nicht für befugt halten kann? Diese Frage mit Sicherheit zu beantworten ist für einen Einzelnen äusserst schwer. Denn wer es unternimmt, fällt nicht blos über die Vergangenheit, deren Handlungen abgeschlossen und begreiflich vor ihm liegen, sondern auch über die Gegenwart, in die er selbst zu innig verwachsen ist, als dass er ihre Kräfte objectiv genug würdigen könnte, ein bedenkliches Urtheil. Doch möchten folgende Bemerkungen wenigstens dazu beytragen, das Verhältniss zu bestimmen, in welches unsere richtigere Erkenntniss zu den frühern Irrthümern praktisch treten dürfte.

Auf den ersten Blick ist man sehr geneigt, in einer so langen constanten Praxis ein unbezweifeltes Gewohnheitsrecht anzuerkennen, und vielleicht mit Recht. Dennoch darf man zweyerley nicht übersehn, dass jene Abweichungen von der Wahrheit immer wieder von Neuem auf die Quellen begründet wurden, man also selbst in der praktisch befolgten Meinung nicht sowohl ein festes Gewohnheitsrecht, als eine richtige Anwendung des geschriebenen Gesetzes erkannte, und dass diese irrige Meinung niemals in sich consequent durchgeführt, sondern immer noch durch diese oder jene ausdrückliche Vorschrift der Gesetze beschränkt wurde. Nur wenige wagten die Behauptung, dass das Salvianische Interdict dem praktischen Rechte eigentlich etwas ganz Unbekanntes sey, welches vielmehr eine possessorische und pe-

titorische Pfandklage kenne, und sie wurden jedesmal durch eine überwiegende Stimmenmehrheit zur Ordnung verwiesen[79]). So blieb die Praxis, wenn auch äusserlich unbewegt, doch in der rechtlichen Ueberzeugung immer noch in einem precären und für eine Veränderung receptiven Zustande; es hatte gewisser Maassen nur an der sichern Erkenntniss und der energischen Darstellung der Wahrheit gefehlt, um ihren Besitzstand zweifelhaft zu machen. Dennoch darf man nicht glauben, dass wenn auch in frühern Zeiten eine solche Darstellung erschienen wäre, der Kampf zuletzt zu ihrem Vortheil gegen die Praxis ausgefallen seyn würde. Jenes Zeitalter war zu fest in die Banden einer objectiv kräftigen sinnlichen Existenz eingeschlossen, als dass es durch bessere Erkenntniss sich aus seiner Bahn hätte herausbringen lassen. In unserer Zeit aber verhält es sich damit anders. Deren innerstes Wesen ist umgekehrt darauf gerichtet, das Bestehende nicht weil es besteht, sondern nur weil es eine innere Berechtigung zum Bestehn hat, anzuerkennen. Selbst aus den Angeln ihres frühern Daseyns herausgehoben unterwirft sie nicht den Gedanken dem historischen Seyn sondern das Seyn dem Gedanken. Bedenkt man nun, dass die Praxis in unserer Materie nicht nur dem geschriebenen Rechte zuwiderlaufend, sondern auch in sich hohl und unzweckmässig ist, dass sie fast nur darauf hinausläuft, aus Einem Processe zwey zu machen und folglich die Sicherheit der Rechte, den vornehmsten Staatszweck, im höchsten Grade gefährdet, so darf man sich wohl der Erwartung hingeben, dass in unserer Zeit auch die Mehrheit der Praktiker nach und nach für das Richtigere sich entscheiden werde. Sehr zu wünschen wäre es dann noch, dass die Processgesetzgebung durch neue zweckmässige Beschleunigungsmittel, z. B. in der Beschränkung der Fristen, Bevorzugung bey der Aburtheilung u. s. w. die Interdicte wieder auf eine solche Weise vor den übrigen Klagen auszeichnen möchte, dass ihre ursprüngliche Bedeutung wenigstens der Hauptsache nach wiederhergestellt würde.

---

79) Man vgl. *Lauterbach Compend. iur. cum not. Varior.* XLIII, 33. *in fin.* *Müller Observ. pract. ad Leyser. med. T.* V. *F.* II. *p.* 187.

---

# Register

## über Quellen, Schriftsteller und Sachen.

# Verbesserungen.

Seite 46. Zeile 9. von oben statt 57 lies 51.
— 84. Z. 20. v. o. statt Cousequenz l. Consequenz
— 100. Z. 20. v. o. statt nähmtich l. nähmlich
— 102. Z. 21. v. o. statt hann l. kann
— 104. Z. 3. v. o. statt selbt l. selbst
— 105. Z. 18. v. u. statt *collatio* l. *Collatio*
— 115. Z. 8. v. o. statt leict l. leicht
— 115. Z. 10. v. u. statt der dem l. der civilrechtlich dem
— 116. Z. 7. v. o. statt verweigert l. verringert
— 118. Z. 16. v. u. statt Lehensdauer l. Lebensdauer
— 125. Z. 8. v. o. statt auf l. für
— 126. Z. 16. v. u. statt abrogirten l. adrogirten
— 129. Z. 20. v. o. statt *antiquam* l. *antequam*
— 131. Z. 4 u. 9. v. u. statt Assignator l. Assignatar
— 132. Z. 12 u. 24. v. o. eben so.
— 137. Z. 4. v. u. statt *consule* l. *consul*
— 137. Z. 7. v. u. statt 12. l. 16.
— 157. Z. 15. v. o. statt *refertur* l. *defertur*
— 157. Z. 5. v. u. statt Unterholner l. Unterholzner
— 163. Z. 13. v. u. statt angehöre l. angehören
— 164. Z. 18. v. u. statt nähm- l. nähmlich
— 165. Z. 11. v. o. statt in l. im
— 170. Z. 1. Hier und im Folgenden ist vor dem Columnentitel die Zahl III. hinzuzusetzen.
— 175. Z. 3 u. 10. v. o. statt Peregrina l. Peregrine
— 179. Z. 23. v. o. statt *stipulatā* l. *stipulatu*
— 185. Z. 16. v. o. statt Consenses, nähmlich l. Consenses nähmlich,
— 190. Z. 6. v. o. statt werden l. werde
— 191. Z. 1. v. u. statt oben. l. oben S. 80.
— 192. Z. 1. v. u. statt *semissis* l. *semisses*

Seite 195. Z. 6. v. o. statt den l. denn
— 199. Z. 4. v. u. statt konnte l. könnte
— 200. Z. 3. v. u. statt hin l. ihn
— 201. Z. 4. v. u. statt richtig l. nicht richtig
— 209. Z. 3. v. u. statt nacher l. nachher
— 218. Z. 17. v. u. statt Tochter l. *filiafamilias*
— 220. Z. 1. v. u. statt Beecmann l. Brencmann
— 221. Z. 17. v. o. l. die ganze noch so sehr im Argen liegende Lehre von der *minima c. d.*
— 222. Z. 10. v. o. statt frey l. gleich
— 224. Z. 6. v. u. statt *ma* l. *ma;*
— 234. Z. 2. v. u. ist hinzuzusetzen: — Vielleicht geht auf unsern Fall *L. 6. de R. I. Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem.*
— 236. Z. 1. v. u. l. S. 97 und 140 Anh. 5.
— 246. Z. 16. v. u. statt Das l. das
— 248. Z. 15. v. u. statt Heben l. Haben
— 258. Z. 12. v. o. statt blieb, l. blieb, zeigt
— 260. Z. 15. v. u. statt *verba* l. *verbi*
— 264. Z. 6. v. u. streiche *fit*
— 266. Z. 11. v. u. statt *ncpt̄is* l. *neptis*
— 274. Z. 13. v. o. statt *sessiones* l. *sessione*
— 274. Z. 13. v. u. statt *Thcopil.* l. *Theophil.*
— 279. Z. 10. v. o. statt *MORIERES* l. *MORIERIS*
— 283. Z. 1 u. 2. v. u. l. §§. 7 *et* 8. §§. 13 *et* 15. *I. de inutil. stipul.*
— 285. Z. 18. v. o. statt können. — Das l. können — das
— 285. Z. 23. v. o. statt doch l. der doch
— 287. Z. 1. v. u. statt *caetorum* l. *cacterorum*
— 288. Z. 15. v. u. statt nur l. nun
— 289. Z. 3. v. o. statt ihm l. demselben
— 294. Z. 8. v. u. statt Rechten l. Rechte
— 300. Z. 13. v. u. statt nur l. nun
— 304. Z. 5. v. u. statt *a.* l. *A.*
— 307. Z. 1. v. u. statt Glossema l. Glosseme
— 313. Z. 10. v. u. statt eie l. die
— 316. Z. 10. v. u. statt *restituas* l. *restituat*
— 325. Z. 22. v. o. statt *xap.* l. *cap.*
— 336. Z. 6. v. u. statt *quam* l. *quam sestertiorum*
— 346. Z. 14. v. o. statt enhält l. enthält
— 350. Z. 20. v. u. statt Rechtverhältniss l. Pachtverhältniss
— 350. Z. 17. v. u. streiche das Interdict
— 353. Z. 13. v. u. statt auch l. auch dann
— 355. Z. 3. v. o. statt satt l. statt
— 363. Z. 4. v. o. statt *aliamve* l. *aliumve*
— 363. Z. 11. v. u. statt Actorität l. Auctorität

Seite 365. Z. 18. v. o. statt 16. l. 347.
— 370. Z. 7. v. u. statt *avium* l. *ovium*
— 373. Z. 6. v. o. statt *petitorum* l. *petitorium*

Verschiedenartigkeiten in der Rechtschreibung und Interpunction bittet man mit der Entfernung des Verfassers vom Druckort und der ungemeinen Eile, mit welcher das Werk gedruckt werden musste, zu entschuldigen.

---



